أصول القانون

تأليف

الدكتور حسن كيره

المدرس بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

الطبعة الثانية

١٩٥٨

الناشر

دار المعارف بمصر

المراجـــع

نثبت فيما يلى المراجع العامـة لهذا الكتاب . أما المراجع الخاصـة ، فسوف نثبتها في موضعها الطبيعي بالنسبة الي كل موضوع من موضوعات

اولا ـ المراجع العربيـة

احمـد صفـوت ـ مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .

اسمـاعيل غـانم ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .

جميل الشرقاوى ـ دروس فى النظرية العامـة للحق ، ١٩٥٥ .

حسن كيره ـ محاضرات فى المدخل للقانون ، ١٩٥٤ .

سليمـان مرقس ـ المدخل للعلوم القانونيـة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .

شفيق شحاته ـ محاضرات فى النظرية العامـة للحق ، ١٩٤٩ .

شمس الدين الوكيل ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .

عبد الحى حجازى ـ مذكرات فى نظرية الحق ، ١٩٥١ .

عبد الرزاق السنهـورى وحشمت ابو ستيت ـ أصول القـانون أو المـدخل لدراسـة القـانون ، ١٩٤١ .

عبد الفتـاح عبد البـاقى ـ نظرية القانون ، ١٩٥٤ .

ـ نظرية الحق ، ١٩٥٧ .

عبد المنعم البدراوى ـ المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .

عبد المنعم فرج الصدة ـ نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ .

محمد سامى مدكور ـ نظرية الحق ، ١٩٥٤ .

محمد على امام ـ محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ .

محمد على عرفة ـ مبادىء العلوم القانونيـة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .

محمد كامل مرسى ـ شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ .

محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ـ أصول القوانين ، ١٩٢٣ .

محمود جمال الدين زكى ـ دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .

ثانيا ـ المراجع الفرنسية

Beudant (Ch.), Le droit individuel et l'Etat, 3e. éd. 1920.

Beudant (Ch.) et Béquignon - Lagarde, Cours de droit civil français, t. I, 1934.

Boistel, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.

Bonnecase, Science du droit et romantisme, 1928.

— La pensée juridique française, 1933.

— Introduction à l'étude du Droit, 1939.

BURDEAU, Traité de science politique, t. I, 1948.

CAPITANT (Henri), Introduction à l'étude du droit civil, 4e, éd., 1921.

CAPITANT (H.), Colin et DE LA MORANDIÈRE, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11e. éd., 1947.

CAPITANT (René), L'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.

CORNIL, Le droit privé ,1924.

COSTE - FLORET, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946.

DABIN, La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports du droit privé, 1929.

— La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit civil, 1935.

— Le droit subjectif, 1952.

— Théorie générale du Droit, 2e. éd., 1953.

DARBELLAY. La règle juridique, 1945.

DEL VECCHIO, Philosophie du droit, trad. française, 1953.

DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.

DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e. éd., 1937.

— Leçons de droit public général, 1926.

EMANUEL (François), L'idée du Droit, essai sur quelques conceptions contemporaines, 1937.

LE FUR, Les grands problèmes du droit, 1937.

GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.

— Science et technique en droit privé positif, 4 vol.,1914-1924.

DE LA GRESSAYE et LABORDE — LACOSTE, Intrduction générale à l'étude du droit, 1947.

HAESAERT, Théorie générale du droit, 1948.

IONESCU, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931.

LEVY - ULLMANN, Elements d'introduction générale à l'étude des sciences Juridiques, t. I, La définition du droit, 1917.

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956.

MAY (Gaston), Introduction à la science du droit, 1932.

MAZEAUD (H., L. et J.), Leçons de droit civil, t. I, 1956.

PASQUIER, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 3e. éd., 1948.

PICARD (Edmond), Le droit pur, 1908.

REGLADE, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950.

RENARD, Le droit, l'ordre et la raison, 1927.

RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd., 1949.
— Le déclin du droit, 1949.
— Les forces créatrices du droit, 1955.

RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956.

ROGUIN, La science juridique pure, 3 vol., 1923.

ROUBIER, Théorie générale du droit 1946.

WALINE, L'individualisme et le droit, 1949.

ثالثا ـ المراجع الانجليزية

ALLEN, Law in the making, 1946.

CAIRNS, Legal philosophy from PLATO to HEGEL, 1949.

FRIEDMANN, Legal theory.

GRAY, The nature and sources of the Law, 1948.

Vinogradoff, Common - sense in Law, 1943.

اهـــــداء

الى الرعيل الأول من فقهاء وقضاة مصر الحديثة أهدى هذا الكتاب ،
لبنة متواضعـــة فى البناء القانونى الذى سبقوا بالفضل فى ارساء أساسه ،
لعلى بذلك آكاد أفى بعض مالهم فى أعناقنا من دين وفضل .

تصدير

نواة هذا الكتاب الدروس التى ألقيتها على طلبة كلية الحقوق ونشرت عـام ١٩٥٤ بعنوان « محاضرات فى المدخل للقانون » . ولكن نشر هذه المحاضرات لم يكن ، فى مقصدى حينذاك ، الا خطوة أولى تتبعها خطوة أخرى ، لاتقنع بسد حاجة طالب القانون المحدودة فحسب ، بل تجاوز ذلك الى قضـاء بعض حاجة الخاصـة من استزادة البحث والى نفع المشتغلين بالقانون على السواء . وقد شجعنى على المضى فى هذه الخطوة أن البحث فى فلسفة القانون وأصوله الكلية مايزال بحاجة الى عناية أكبر من جانب الفقه المصرى ؛ وأن أهمية ذلك اذا كانت بادية من ناحية النظر ، فلها كذلك ــ خلافا للشائع ــ انعكاسها القوى الفعـال من ناحية العمل .

من أجل ذلك ، أقدم على نشر هذا الكتاب اليـوم مستهـدفا هذه الأغراض . وقد أسميته « أصول القانون » لذلك وتمييزا له عن الكتاب الأول فى المدخل للقانون ، بعد أن بات هذا التمييز محتوما لتفاوت الهدف بينهما ، مما يترك لكل منهما استقلاله . وقد أوجبت الرغبة فى عدم زيادة حجم هذا الكتاب عن القدر المنشور به ، الهبوط بكثير من المسائل الدقيقة أو الخلافيـة أو التطبيقيـة من المتن الى الحاشية .

واذا كانت الظروف قد استدعت ــ قبل الفراغ من طبع هذا الكتاب طبعته الأولى لعام ١٩٥٧ الفائت ــ اخراج طبعة ثانية له اليوم ، فقد حال ذلك دون استحداث جديد فيها يضاف الى الطبعـة الأولى . ولعلى ــ اذا أتيح طبع هذا الكتاب طبعـة قادمـة ــ أن أجد من الوقت والجهـد مايعين على اعـادة النظر فيه واستدراك ما فات أو تفصيل ما أجمل أو تـوضيح ماغمض ؛ فانه ــ كما قال « العماد الأصفهانى » ــ « لايكتب انسان كتابا فى يومه الا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل . وهذا من أحسن العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

يناير ١٩٥٨

مقدمة

١ ــ اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الأصل أن اصطلاح « القانون » يطلق لغة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول فى شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا « قانون الكون » ، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار فى الأرض . ويقال «قانون الجاذبية الأرضية»، ويراد به القاعدة المستقرة فى الاقتصاد من تأثر الأسعار والأجور باختلال الأرض كلما ألقيت فى الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة فى الاقتصاد من تأثر الأسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب فى السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للأشخاص فى المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » فى هذا المدلول العام كل ما قد يوجد فى الجماعة من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكما ملزما بقصد اقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذى يعنينا أصلا فى هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداءة التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، اذ كثيرا ما يطلق اصطلاح «القانون» على قواعد قانونية معينة هى تلك التى تصدر عن السلطة التشريعية العادية . فيراد حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون

الاصلاح الزراعى وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل •

ولكن التشريع ــ كما سيرد البيان ــ ليس هو المصدر الوحيد الذى يعطى للقواعد القانونية قوتها الملزمة فى العمل ، أى ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما فى الاصطلاح • ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هى التى بررت الترخص فى اطلاق اصطلاح «القانون» على التشريع، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع •

واذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » «(١)» ، وكان المدلول المقصود أصلا والذى سوف نعنيه فى هذا الكتاب باطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذى ينصرف الى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلا فى المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعى » (Le droit positif) • وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعى المصرى أو الفرنسى الحالى » مثلا للدلالة على القانون السائد فى مصر أو فرنسا فى الآونة الحاضرة •

فالمقصود بصفة الوضعية التى تلحق قانون جماعة معينة فى وقت معين ، هو توافر الصفة الايجابية لقواعده عن طريق مايصحبها ويؤيدها

---

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، اذ تعبر عن المدلول العام الواسع باصطلاح (Le droit) وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح (La loi) •

فى التطبيق من اجبار مادي معين تملكه سلطـة عامة فى الجماعة »(١) •

٢ ـ تفرع الحقوق عن القـانون

اذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد فى المجتمع حكمـا ملزما ، فانه يعمل ـ أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات ـ على تغليب بعض هـذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المغلبة فى مركز ممتـاز بالنسبة الى غيرهم من الأفـراد ، بحيث يثبت لهم حقـوقا تخولهم الاستئثـار بسلطـات معينـة تلتزم الكافة باحترامهـا •

فقـد يخـول لفرد من الأفـراد الاستئثـار بالتسلط الكامل على شيء من الأشياء باعطائه حق الملكيـة عليه ، فيضعه بذلك فى مركز ممتاز على غيره من الأفراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشيء ، والتزام الكافة باحترام حقه فى هذا التسلط وتمكينه منه •

وقد يخول القـانون لفرد من الأفـراد سلطـة اقتضـاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضـاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله فى مركز ممتاز سواء بالنسبـة الى

---

(١) لعل اللفظ الفرنسى فى هذا الصدد ادق فى التعبير من اللفظ العربى اذ لفظ (positif) يعنى فعال أو ايجابى بالمقابلة للفظ (négatif) اى سلبى • أما اللفظ العربى « وضعى »، فقد يدعو الى الظن بأن القانون الوضعى يقصد به القانون الذى يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو مايشيع فهمه فى اللغة الجارية التى تجعل القانون الوضعى بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوى الذى يضعه الله . ومثل هذا الظن غير صحيح فى الاصـطلاح القـانونى . فالمقصـود بالقانون الوضعى ، كما سبق البيان ، القانون السـائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده . فيعتبر قانونا وضعيا فى جماعة معينة كل مايطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا . وهذا هو ما عليـه الحال فى مصر ، حيث يعتبر الدين ـ وهو مصدر سماوى ـ المصدر الرسمى لأغلب القواعد التى تحكم مسائل الاحوال الشخصيـة ، وبذلك تعتبر هذه القـواعد الدينيـة السماوية جزءا من القانون الوضعى المصرى الحالى .

الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته اقتضـاء الوفـاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة الى الكافة جميعا لانفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة .

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون «١» . وتلك ظاهرة يمتاز بهـا القانون على الأخلاق كما سنرى ، اذ هو لايقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والواجبات على الأفراد ، بل يجاوز ذلك الى تقرير الحقوق لهم وهو ما لاتفعله الأخلاق . وبذلك تحتل الحقوق أهميـة كبرى فى النظـام القـانونى .

٣ ـ خطـة الكتـاب

نستهدف فى هذا الكتاب الوقوف على الأصول الكليـة التى تحكم القانون ، وهو مايقتضى دراسة القاعدة القانونية فى ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق . ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة فى القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه .

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى : ـ

باب تمهيدى ــ فى القانون بوجه عام .

القسم الأول ــ فى النظرية العامة للقاعدة القانونية .

القسم الثانى ــ فى النظرية العامة للحق .

---

(١) لاتعرف اللغة القانونية الفرنسية الا اصطلاحا واحـدا للقـانـون وللحق هو (Le droit). ولذلك يجرى التقليد ــ منعا للخلط بينهما ــ على التعبير عن القانون باصطلاح (Le droit objectif) ، وعن الحق باصطلاح (Le droit subjectif) . وفى هذا الصدد تمتاز اللغـة القـانونيـة العربيـة باصطلاحيها المستقلين اللذين لايختلطـان .

باب تمهيـــــدى

فى القانون بوجه عام

٤ ـ عرض وتقسيم

ينبغى فى صدد التمهيد لدراسة القانون الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التى تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

واذا كان من أهم هذه الخصائص كون قواعد القانون قواعد ملزمة ، الا أن ذلك لايعنى انعدام سلطان ارادة الأفراد فى مخالفة أى منها . فالارادة تملك مثل هذه المخالفة فى صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هى طائفة القواعد المفسرة أو المكملة ، دون أن يطعن ذلك فيما لهذه القواعد من قوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

واذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الأشخاص ، فان ذلك قد أتاح تقسيمه ـ بحسب هذا الاختلاف ـ الى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادىء مختلفة ، ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول ـ فى خصائص القانون .

الفصل الثانى ـ فى مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون .

الفصل الثالث ـ فى أقسام القانون وفروعه .

الفصل الاول
خصائص القانون

٥ ـ الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التى لم تعد اليوم محل جدل أو خلاف أن الانسان كائن اجتماعى بفطرته وطبيعته لايستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الأصح بالاشتراك مع غيره • وغريزة الاجتماع هذه تلازمه منذ خروجه الى الدنيا حتى خروجه منها ، فما هو نفسه الا وليد اجتماع بين ذكر وأنثى من الناس ، وهو يدخل منذ ولادته فيما يكونان من مجتمع صغير هو الأسرة لأنه يحتاج الى رعاية الأم وكفالة الأب ، فاذا بلغ أشده واستوى ضرب فى الأرض سعيا وراء الرزق مختلطا بغيره من الناس فى ذلك المجتمع الأكبر متبادلا واياهم النفع من مجموع ما يبذل ويبذلون من نشاط •

غير أن المجتمع لايستقيم أمره الا أن يستوى على سنن بينة ينزل الناس جميعا عند حكمها ، ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات بين أفراده ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية • وهى علاقات لايمكن أن تترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيئته ، والا حقت قولة الفليسوف الفرنسى « بسويه » (B·s·uet) «حيث يملك الكل فعل ما يشاءون، لا يملك أحد فعل ما يشاء، وحيث لاسيد فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبيد • » «(١) ! •

---

(١) « Où tout le monde peut faire ce qu'il veut, nul ne fait ce qu'il veut; où il n'y a point de maître, tout le monde est maître; où tout le monde est maître, tout le monde est esclave ». [Bossuet, cité par CHEVALIER, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74].

وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وان كانت فهى لا تدوم ، اذ ينتهى الأمر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى فى الضعفاء بما تشاء ! • • ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظـام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ، كان لابد للمجتمع من قواعد موضوعـة ابتداء يستهدى بها الأفراد فى تعرف سلوكهم ويلتزمون أو يلزمون باحترامهـا ، وهى قـواعد تهدف الى اقامـة التوازن بين عديد الحريات المتعارضـة ومختلف المصالح المتضاربة محققة بذلك النظـام والاستقرار والعدل فى المعاملات •

٦ — تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هى فكرة القانون فى نشأتها وبساطتها : انسان لايعيش الا فى مجتمع، ومجتمع لايقوم الا على نظام، ونظام لايستوى الا على قواعد آمرة ملزمة يحمل الأفراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار •

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لايوجد مجتمع دون قانون ، ويوجد القانون لاقامة نظام فى المجتمع • وهناك تلازم بين القانون والجزاء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القـانون الا بأخذ الأفراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لايتاح بشكله المادى المنظم الا لسلطة عليا فى الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها •

فالقـانون اذن هو مجموع القواعد التى تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه ، والتى تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة فى المجتمع من قوة الجبر والالزام «[١]» •

---

(١) أنظر مع ذلك فى مختلف تعريفات القانون ومناقشتهـا :

Henri Lévy - Ullmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, t. I, La définition du droit, 1917. — Bonnecase, Introduction à l'étude du Droit, 3e. éd., 1939, Nos. 1 - 9. — Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3e. éd., 1948, Nos. 305 - 312. — Haesaert, Théorie générale du droit, 1948, pp. 73 - 110. — Marty et Raynaud, droit civil, t. I, 1956, Nos. 30 - 32.

ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن أن نستخلص خصائصه الجوهرية . فهو يتضمن أولا قواعد سلوك . وهذه القواعد — ككل القواعد — تتوافر لها صفة العموم والتجريد . وهو يفترض كذلك وجود مجتمع يأتمر أفراده بهذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية . وهو يتضمن أخيرا جزاء ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة .

فنعرض لكل من هذه الخصائص فى مبحث على حدة .

المبحث الاول

القانون مجموعة قواعد سلوك

Règles de conduite

٧ — القواعد التقريرية والقواعد التقويمية

قلنا ان اصطلاح « القانون » اذا أطلق فى اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ومن هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون أو قانون الجاذبية الأرضية . أو يقال ان الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه الى درجة المائة يؤدى دائما وحتما الى غليانه . والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية ، أى قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا اذا توافرت أسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أى استثناء على ذلك . اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطىء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا «[1]» ، ذلك أنه لايضع قاعدة لما ينبغى أن يكون بل لما هو كائن فعلا . ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

---

(١) Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, § 94, p. 198.

بينما القانون بالمعنى الذى نقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك أى قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه يضع قواعد بما ينبغى أن يكون عليه سلوك الأفراد فى المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يقدم هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتوجه بها الى الأفراد فى صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا — أى سلوك الأفراد — هو الذى يخضع للقانون فيعمل على مسايرة قواعده ، وليس القانون هو الذى يخضع للواقع فيسايره بأن يقدم نفسه حسب ما عليه سلوك الأفراد فعلا .

ولذلك قلنا ان القانون — على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية — انما يضع قواعد تقويمية لا تقريرية ، لأنه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التى يستهدفها بما يعين الواجب فى شأنه «[1]» .

٨ — القانون يفرض السلوك الواجب كأمر او تكليف

رأينا أن القانون — على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية — انما يضع قواعد تقويمية أى قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وانما يفرضها فرضا على سبيل الأمر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لايتصور وجوده دونها . لأن القانون انما يستهدف اقامة النظام فى المجتمع ، وهو ما يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محمل النصح ، اذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك كان القانون دائما قائما بفرض ما يراه من سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الأفراد بالخضوع له . وهو فى ذلك يختلف عن الأخلاق التى قد تقوم فى بعض الأحوال

---

(١) انظر فى التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :
René Capitant, L'illicite, thèse, Paris, 1928, pp. 1 - 5 et 55. — DABIN, Théorie générale du droit, 1953, No. 43.

ـ الى جنب ما تفرضه من أوامر تكاليف ـ ببيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل الندب والترغيب للوصول الى سمو نفسي أكمل»(١) .

واذا كان القانون فى جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فان وجود مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية فى صورة الأمر أو النهى . غير أن التكليف قد لايتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك فى أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما فى كل قاعدة قانونيـــة .

فقد يخفى التكليف لأول وهلـة فى بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة » (Règles dispositives) ، وهى التى لا تأمر بشىء أو تنهى عن شىء وانما تقتصر على بيان حكم من الأحكام ، كالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، أو القـاعدة التى تحدد الموطن بمحل اقامة الشخص المعتادة ، أو تلك التى تثبت اختصاصا معينا لجهـة أو هيئة معينة .

غير أن هذه القواعد ، وان كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمرا أو تكليفا الى الكافة أو الى شخص أو هيئة معينة باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقـات أو روابط قانونية . فالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز تتضمن أمرا الى الكافة وخاصة الى المالك بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التى تقرر أن موطن الشخص هو محل اقامتـه المعتـادة تتضمن أمرا الى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلا اليه فى هذا المحل . والقاعدة التى تثبت الاختصـاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفا الى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتهـا أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمرا الى الكافة بالخضوع

---

(١) DABIN, op. cit., No. 47

لهذا الاختصـــاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات «[١]» .

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفــة باسم «القواعد المفسرة أو المكملة» (Règles interprétatives ou supplétives) وهى التى تسرى فى حال عدم اتفاق الأفراد على خلافها . ولكنها تتضمن هى الأخرى تكليفا كذلك ، وان يكن هذا التكليف لايتوجــه الا الى طائفة من الأفراد هى تلك التى تنصرف ارادتهم عن مخالفتها «[٢]» .

٩ — التكليف القانونى تكليف مطلق

اذا كان القانون بوصفه قواعد تقويمية للسلوك ، انما يتوجه الى الأفراد بأمر أو تكليف ملزم ، فان هذا الأمر أو التكليف يكون مطلقــا (Impératif catégorique) ، بمعنى أن لا يخير المكلف بين اطاعة التكليف أو تحمل الجزاء . ذلك أن التكليف يصدق فى حق من ينوى طاعته كمــا يصدق فى حق من ينوى مخالفتــه على السواء ، فمن خالفه انما يخالفه وهو مكلف بطاعته .

فالقانون مثلا حين يفرض عقوبة الاعدام جزاء للقتل العمد ، لايجعل لأحد خيارا بين الانتهاء عن القتل اذا أراد الافلات من الجزاء ، وبين الحق فى القتل اذا أراد تحمل وطأة الجزاء . وانما هو يقتصر على تحريم القتل اطلاقا فيكلف الأفراد جميعا بالامتناع عنه ، فمن خالف عن أمره ، رغم هذا التكليف الملزم ، جاء الحكم بالاعدام من بعد وسيلة للردع والزجر . فالتكليف اذن لايرتهن فى وجوده والزامه بالرغبــة فى الافلات من الجزاء ، بل هو موجود فى ذاته وبالزامه دون اعتبار لمثل هذه الرغبة ، ولذلك لم يكن التكليف ليرتفع عن عاتق المكلف اذا رغب فى تحمل الجزاء . ومن هنا لم يكن الجزاء شرطا للتكليف ، وانما هو مجرد وسيلة يتذرع بها القانون

---

(١) René Capitant, thèse précitée, pp. 79 et 80. - DABIN, op. cit., No. 48

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit. No. 49. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 69-74.

وانظر كذلك فى تفصيله ما سيرد فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخاص بمدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون .

ــ بعد فرض التكليف ــ لكفالة احترام التكليف ان خولف «[١]» .

والأمر يختلف عن ذلك فى قوانين الطبيعة أو القوانين العامية بوجه عام التى تقتصر على تسجيل الواقع وتقريره كما رأينا . ذلك أنها لا تأمر بسلوك معين ، وانما هى ترتب نتيجة معينة على اتخاذ وسيلة معينـــة . فاتخاذ هذه الوسيلة لايحمل تكليفا الا لمن أراد بلوغ تلك النتيجة . ومن هنا يقال ان هذه القوانين اذا كانت تضع تكليفا ، فان هذا التكليف ــ على خلاف التكليف القــانونى المطلق ــ مجــرد تكليف شرطى أو فرضى (Impératif conditonnel ou hypothétique) «[٢]» . فالقانون العلمى الذى يقرر أن الماء يجب أن يسخن الى درجة المائة لكى يغلى ، انما يضع قاعدة تقريرية لأنه يقرر واقعا معينا . وهذه القاعده فى أصلهــا ليست أمرا أو تكليفا بشىء ، ولكنها قد تتضمن مجرد تكليف فرضى لمن يريد أن يغلى المــاء ، هذا التكليف هو أن يسخنه الى درجــة المائة .

واذا كان القانون يفرض تكليفا مطلقا ، فان مثل هذا التكليف المطلق يتوافر فى حق كل المخاطبين بحكم القــانون دون تمييز . ولذلك ، فليس صحيحا ما يذهب اليه بعض الفقهاء «[٣]» من قصر التكليف القانونى المطلق على ذلك التكليف المتوجه الى رجال السلطة العامة بتوقيع الجزاء ، واعتبار التكليف المتوجه الى الأفراد بسلوك معين مجرد تكليف شرطى أو فرضى لمن يريد الافلات من الجزاء .

فمثل هذا النظر يغفل أن التكليف المتوجه الى الأفراد هو التكليف الأساسى لأن غرض القانون الرئيسى هو حكم سلوك الأفــراد ، وأنه اذا

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., No. 53

(٢) أنظر فى التفرقة بين التكليف المطلق والتكليف الفرضى، وأعتبار القانون تكليفا مطلقا :
R. Capitant, thèse précitée, pp. 13 - 28, 89 - 111. -Dabin, op. cit. No. 52.

(٣) Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, Revue du droit public et de la science politique, 1926, p. 572 et s.

وجد ثم تكليف آخر يتوجه الى رجال السلطة العامة بتوقيع الجزاء ، فهو مجرد تكليف فرعى لتعزيز التكليف الأساسى وكفالة احترامه .

هذا فضلا عن أن مثل هذا النظر يقود الى نتيجة غير مقبولة . اذ هو يعطى للأفراد — اذا أرادوا تحمل الجزاء — حقا فى مخالفة التكليف المتوجه اليهم ، وهو مايستعصى معه وصف هذه المخالفة بوصفها الصحيح من أنها عمل غير مشروع (acte illicite) ، بل تعتبر مجرد فعل يسبب أو يستتبع توقيع الجزاء «(١)» .

فالتكليف القانونى اذن تكليف مطلق دائما سواء كان متوجها الى الأفراد أو الى رجال السلطة العامة . ولذلك نجد فى القاعدة التى تعاقب على القتل العمد بالاعدام تكليفين مطلقين : الأول يتوجه الى الأفراد ومضمونه « لاتقتلوا » ، والثانى يتوجه الى رجال السلطة العامة ومضمونه « اعدموا القاتل » .

المبحث الثانى

القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

Règles générales et abstraites

١٠ — التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاما للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفا بأمر أو مسلك معين ينبغى اتباعه ، انما يسبق فى وجوده ما يواجه من فروض يخضعها لحكمه. ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر حصر كل ماقد يعرض فى المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة آمرة بشأن كل حالة على حدتها ينصرف التكليف فيها الى شخص معين بذاته . فالنظام والاستقرار — وهو

---

(١) Dabin, op. cit., No. 53, p. 68. — R. Capitant, thèse précitée, p. 103

مما يستهدف القانون اقامته ــ يقضى بتحقيق المساواة بين الأفراد ، وهذه المساواة لايتيسر اقامتها ابتداء الا على أساس الوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه الى الأفراد بمعيار موضوعى لاشخصى أى يلجأ فيه الى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات •

فالتكليف الذى يتضمنه القانون اذن لايمكن أن يكون الا تكليفا عاما مجردا يتوجه الى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا الى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق واطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة فى فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت •

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان فى حق الأشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان فى حق الوقائع أو الروابط التى ينصرف الى تنظيمها هذا التكليف • وبعبارة أخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد ــ وهما وجهان لخصيصة واحدة ــ بالنسبة الى أشخاصها والى موضوعها على حد سواء •

والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لايستنفده ــ على خلاف التكليف الخاص كما سنرى ــ تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك الى الاستقبال فيتربص دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات «[1]» •

---

(١) ولذلك ، فكما يقول أستاذنا الدكتور حسن بغدادى : « ان الصفة وحدها قد لاتكفي . فقد تتخذ الصفة ستارا خادعا يخفى وراءه طائفة من الأشخاص المعنيين بذواتهم ويحصل ذلك غالبا لتيسير الحصر والتحديد . ومثل ذلك ما حدث بالنسبة للقوانين الاستثنائية التى قضت بأن كل من حصل من الطلبة الراسبين على نسبة مئوية معينة من مجموع درجات الامتحان يعتبر ناجحا . فمثل هذه القوانين تتوجه الى أشخاص معينين بذواتهم ، هم الراسبون فعلا ، الذين يمكن حصرهم وتعيينهم بأسمائهم ، ولكنها فى ظاهرها تعتد بصفات هؤلاء الاشخاص تيسيرا لحصرهم وتحديدهم =

فقانون التجنيد الاجبارى يضع قاعدة قانونيــة لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه الى كل من تتوافر فيه فى الحال أو الاستقبـال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنيــة ؛ بينما لايعتبر القرار الصـادر باقتراع شخص معين للخدمــة العسكرية قاعدة قانونية لأنه انما يتوجه الى شخص معين بالذات .

والقاعدة التى تنص على أن الخطأ الذى ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هى قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ؛ بينما الحكم القضائى الصادر بالزام طبيب معين بأداء مبلغ ألف جنيه على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيما فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لايعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية ، لأنه انما يواجه حالة بخصوصها، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فردا معينا بذاته ، هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

والمرسوم الصادر بنزع ملكية عقار معين للمنفعة العامة لايضع قاعدة قانونية لأنه لا يتناول نزع الملكيــة الا فى شأن هذا العقار وحده ؛ وعلى خلاف ذلك يضع المرسوم بقانون الصادر أخيرا بتحديد الملكيــة الزراعيــة قواعد قانونية لأنه يتوجه ــ لا الى مالك زراعى بالذات ولا الى أرض زراعية معينة بالذات ــ ولكن الى كل من تتوافر فيه صفة معينة هى ملكية أكثر من مائتى فدان .

والمرسوم أو القرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفــة معينة لا يضع قاعدة قانونيــة لأنه انما يخص شخصا معينا بالذات ، بينما يضع القانون الخاص بشروط التوظف قواعد قانونيــة لأنه عام لايواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

= فى نص القانون . فالصفة لابد أن تنطوى على امكان التطبيق لا فى الحال فحسب ، بل وفى الاستقبال ، حتى يتسنى بذلك أن يكون حكم القـاعدة القانونية عاما يتوجه الى طائفة غير متناهية العدد من المخاطبين . » (حسن بغدادى ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ١٨ ، هامش رقم ١) .

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطعن ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد ما دامت هذه الطائفة متعينة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بذواتهم • فقانون استقلال القضاء مثلا يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى أوضحناه لأنها تخص كل من تتوافر فيه صفة معينة هى صفة ولاية القضاء •

فالعبرة اذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة — قل أو كثر — وانما بصفة من تتوجه اليه • فقد تتوجه [illegible] ...وبية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة لأنها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التى لا تتوجه الى رئيس معين بذاته بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة •

وينبنى على ما تقدم أن التكليف العام المجرد الذى يتضمنه القانون يفترق عن التكليف الخاص الذى يتوجه الى شخص معين بذاته أو يحكم رابطة أو واقعة معينة بذاتها ، والذى يتلاشى وينقضى أثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذى يتضمنه حكم قضائى أو أمر ادارى أو عقد من العقود • فهذا التكليف الخاص لايعدو أن يكون أمرا خاصا لايرتفع الى مرتبة القاعدة العامة المجردة لأن صفة العموم والتجريد فيه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى فى حقه وحده دون غيره من الناس ، أو هو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها دون غيرها من الوقائع •

ومن هنا فالقول بأن فى هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية — كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام خاصة «١» — لايمكن التسليم

---

(١) ALIBERT, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259. — René Capitant, thèse =

به . فالقاعدة بطبيعتهـا عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة ـ فضلا عن ذلك ـ لاتعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تتصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة ـ مع وجودها ـ الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردى أو شخصى »(١) .

فلاحاجة للقول مثلا بأن عقد بيع عقار معين من العقارات ينشىء قاعدة قانونية فردية تحكم علاقة بائع هذا العقار ومشتريه ، ما دامت هذه القاعدة الفردية ـ ان صح تسميتها بالقاعدة رغم فرديتهـا ـ ليست الا تطبيقا لقاعدة عامة مجردة هى تلك التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين . والحكم القضائى الصادر بالزام شخص بالتعويض لأنه صدم آخر بسيارته لاينشىء قاعدة قانونية اذ ما هو فى الواقع الا تطبيق فردى للقاعدة القانونية العامة المجردة التى تلزم بالتعويض كل من تسبب بخطئه فى الاضرار بغيره . والأمر الادارى الصادر بعزل موظف معين لا يضع بذاته قاعدة قانونيـة فردية بل يطبق قاعدة قانونية عامـة مجردة هى تلك التى تخول للجهـة المختصـة حق العزل اذا ارتكب الموظف خطأ يستوجب العزل .

ففى القول بوجود قواعد قانونية فردية ، الى جنب القواعد القانونية العامة المجردة ، خلط واضح بين انشاء القـانون وبين تطبيقه . ولو صح مثل هذا الخلط لجر الى نتائج غير معقولة . اذ يجب حينئذ فى منطق هذا الخلط ، عدم الاقتصار على اعتبار العقـد أو الأمر الادارى أو الحكم القضائى منشئا لقاعدة قانونية فردية ، بل اعتبار كل تطبيق فردى لقاعدة قانونية عامة مجردة منشئا لقاعدة قانونية فردية . فتكون جريمة القتل مثلا

= précitée pp. 58-60, 153-156. — Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, 1929, pp. 37-41,. — Kelsen, La théorie juridique de la convention, Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique, 1940, p. 33 et s.

(١) أنظر فى رفض التسليم بوجود قواعد قانونية فردية :
Dabin, op. cit., Nos. 56, 57.

منشئة بالنسبة للقاتل لقاعدة قانونية فردية بالعقاب . ويكون الفعل غير المشروع منشئا ، بالنسبة لمرتكبه ، لقاعدة قانونية فردية بالمسئولية المدنية ، وهكذا . . . وهذا لغو غير مقبول ، يقود الى اعتبار كل مصادر الالتزام مصادر للقانون »[1] .

١١ ــ التكليف القانونى العام المجرد وتحقيق العدل

اذا كان القانون ــ كما رأينا ــ يتضمن تكليفا عاما مجردا ، فان صفة العموم والتجريد التى يتصف بها هذا التكليف ، تستتبع اقتصار القانون فى الأصل على مجرد تحقيق العدل (La Justice) دون تحقيق العدالة (L'équité) .

والعدل يختلف عن العدالة كما سيرد البيان . ذلك أنه اذا كان كل من الفكرتين يقوم على مبدأ المساواة فى معاملة المخاطبين بأحكام القانون ، الا أن المساواة التى تقوم عليها فكرة العدل هى مجرد مساواة جامدة مجردة تبنى على أساس الوضع الغالب فى الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات فى الحالات المتماثلة . بينما المساواة التى تقوم عليها فكرة العدالة هى مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل فى المعاملة للحالات المتماثلة اذا تماثلت كذلك هذه الحالات فى ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

ولما كان القانون انما يضع قواعده ابتداء ، أى يضع قواعده مقدما لكى تطبق من بعد على كل ما يدخل فى نطاقها من أوضاع وحالات مستقبلة، فيستحيل عليه منطقا تحقيق مثل هذه المساواة المجسمة الواقعية التى تقوم عليها فكرة العدالة ، لأنه لايستطيع الاحاطة ولا التنبؤ مقدما بالظروف الخاصة أو الجزئيات الواقعية لكل تلك الأوضاع والحالات المستقبلة »[2].

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 123

(٢) فى هذا المعنى :
حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٥١ و ٥٢ .

وكذلك ، فان القانون انما يستهدف اقامة النظام والاستقرار فى المجتمع ، عن طريق تحقيق التوازن بين مختلف المصالح المتضاربة لأفراد هذا المجتمع . وليس مما يعين على تحقيق النظام والاستقرار فى المجتمع ، اقامه مساواة بين الأفراد يعتد فيها بالظروف الخاصة بكل منهم . ومن هنا جاء انصراف القانون فى المبدأ عن تحقيق مثل هذه المساواة ، أى عن تحقيق العدالة ، اكتفاء بتحقيق العدل عن طريق اقامة مساواة عامة يعتد فيها بالوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية ، دون نظر الى ما قد يشذ عن ذلك من أحوال . فغاية القانون ـ أى استقرار المجتمع واقامة نظامه ـ هى التى تحدد وسائله ، وهى تحددها بعموم وتجريد ، لا بتخصيص أو تفريد ، أى تحددها باقامة العدل لا بتحقيق العدالة .

ومن هنا ، فالقانون حين يعمد مثلا الى تحديد سن الرشد أى الى تعيين كمال الأهلية لدى الأفراد ، لايترك الأمر الى القضاء ينظر فى كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشد على ضوء ظروفها ، وان يكن فى ذلك تحقيق للعدالة نظرا الى تفاوت الناس فى النضج العقلى وتأخر تمامه عند بعض وتبكيره عند بعض آخر ، ولكن القانون يكتفى باقامة توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين فى النضج العقلى على أساس الوضع الشائع فيهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الرشد بواحد وعشرين سنة مثلا . وليس يخفى ما قد يكون فى هذا التحديد الجامد العام من ظلم على بعض الناس سريعى النضج العقلى ، أو ما قد يكون فيه من محاباة لبعض آخر بطىء هذا النضج . ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظام والاستقرار فى الجماعة ، وتلك غاية القانون الأولى .

المبحث الثالث

القانون مجموعة قواعد اجتماعية

Règles Sociales

١٢ – بيئة القانون الاجتماعية ((١))

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك يأتمر بها الأفراد . والأفراد – كما رأينا – لايمكن أن يعيشوا الا فى مجتمع ، فكأن القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس – قلوا أو كثروا – فى بقعة من الأرض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم . وانما المجتمع هو شركة يجمع أعضاءها التضامن لتحقيق مابينهم من صالح مشترك . ولامناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتولى قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة. وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون . ولذلك فالقانون يوجد فى مجتمع سياسى منظم يخضع أفراده لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر .

ولئن كانت الدولة هى الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لايعنى أن الدولة هى الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون فى مجتمع لاتتوافر له عناصر الدولة أو شكلها، مادامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والاجبار فيه . ولذلك كان القانون

((١)) انظر فى ذلك :

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950, p. 49. — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio, Philosophie du droit, 1953, pp. 346-377. — Dabin, op .cit., Nos. 8-13.

حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦ ، ص ٥٨ – ٦٢ .

أسبق فى الوجود تاريخيا من الدولة «١»، ولم يصل الى بيئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تدرج نحو هذا التنظيم «٢» .

واذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فانه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها .

١٢ — القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف اقامة نظام اجتماعى عن طريق حكم سلوك الأفراد فى المجتمع ، يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية. ومن هنا ، كانت صلاته بها واعتماده عليها فى اقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة «٣» حين يضع قواعد النظام السياسى فى المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع «٤» ، اذ يعتمد عليه فى تعرف الحقائق الاجتماعية كما هى حية فى المجتمع ، فحين يعرض لتنظيمها انما يعرض له عن علم وبينة وبصيرة ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التى يصوغ منها نسيجه .

---

(١) وهذا يكشف عن فساد ما يذهب اليه بعض الفقهاء من رد القانون الى مشيئة الدولة . انظر ما سيرد بعد من عرض هذا المذهب ورفضه عند الكلام فى المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية .

(٢) بدأ المجتمع فى نطاق محدود هو الاسرة البدائية او القبيلة فى القديم، ثم تطور الى الاقطاعية فى العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى أن ينحصر فى الوطن او الدولة . ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحله ؛ اذ يبقى ان يكون العالم مجتمعا واحدا .

(٣)) انظر فى ذلك :

Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956, Nos. 54-56.

(٤) انظر فى ذلك :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, Nos. 92-104. — Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 51-53.

وهو يتصل بالتاريخ «١» ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العملى فى التطبيق ، فيستهدى فى وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخيـــة النافعة . ولكن اذا كان الوقوف على حصيلة التاريخ لازما للقانون ، فليس يعنى ذلك التقيد بها والجمود عند القواعد التى ثبت عليها التقليد ، اذ الحياة الاجتماعية فى تطور وتقدم مستمر يحتاج معه القانون الى الملاءمة والتجديد .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسى «٢» حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد فى مقابلـــة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية فى القـــانون مذهب « الاقتصاد الحر » (L'économie libérale) ، وفى مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية فى القانون مذهب «الاقتصاد المدار» (L'économie dirigée) وبذلك يتراوح الأمر فى القانون وفى الاقتصاد السياسى بين مبدأ حريـــة الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة .

واذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فان ذلك لايعنى أنه محكوم بالاقتصـــاد السياسى وحده كما تذهب الى ذلك الاشتراكيـــة المـــاركسيـــة ، فسنرى أن الاقتصـــاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل فى تكوين القانون «٣» .

---

(١) انظر فى ذلك :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 116 - 127. — Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 37-39.

(٢) انظر فى ذلك :

André Marchal, Les Rapports du droit et de l'économie politique, dans l'ouvrage collectif d'Introduction à l'étude du droit, t. II, 1953, pp. 201-243. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 105-115. — Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 46-50.

(٣) انظر ما سيرد بعد عند الكلام فى العنصر الواقعى فى تكوين القاعدة القانونية .

١٤ ـ القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الاخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعي يتغلغل فى الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالمها ، بل انه ماثل حاضر فى أكثر مظاهر النشـاط اليومى يحكم ما يصـدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كشراء الجرائد والحاجات المنزليـة وهو ما يكون بيعـا ، وكركوب التـرام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجارا .

غير أن القانون وان كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة ـ وان تكن فى الطليعة ـ بين القواعد التى تنظم الحيـاة فى المجتمع . فثم قواعد تقضى بها المجاملات والعـادات والتقاليد ، وثم قـواعد تقضى بها الأخـلاق ، وتعتبر كل هذه القواعـد قواعد اجتماعية لأنها تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع . من أجل ذلك ينبغى التمييز بين قـواعد القانون وبين ما يختلط بها من قـواعد السلـوك الاجتماعية الأخرى .

١٥ ـ القانون وقواعد العادات والمجاملات

توجد فى كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها فى علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم فى مظهرهم وملبسهم . فثم قواعد تقضى بها المجاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالسلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة فى الكوارث أو الموت ، والتهنئة فى الخير . وثم قواعد تقضى بها العـادات والتقاليـد فى شـأن الملبس أو المظهر ، تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الأفراد الى رجال ونساء .

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد يأتمر بها سلوك الأفراد فى المجتمع بل ويعدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها . ومن

هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين هو استنكار الناس •

ولذلك قد يقال ان اختلاف فى الجزاء يصلح معيارا للتفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد : اذ بينما يقتصر الجزاء فى الثانية على مجرد استنكار النـــاس ، يكون الجزاء فى الأولى هو ذلك الاجبار الذى تحتكر السلطة العامة فى الجماعة حق توقيعه على المخالف •

ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف فى الجزاء• وليس يصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القـــواعد ، اذ لاتوجد حدود منضبطة تفصل بين موضوعيهما، فهما متداخلان متشابكان• ولذلك لايكون من العسير أو الغريب تحول بعض قـــواعد المجاملات والتقاليد الى قواعد قانونية • فمن المتصور تدخل القانون ليفرض زيا معينا على الناس ، أو ليأمر باطلاق اللحى أو حلقهـــا ، أو باطالة أثواب النساء أو تقصيرها •

فما هو المعيار الذى يمكن الاعتماد عليه اذن للتفرقة بين قـــواعد القانون وبين قـــواعد المجاملات والتقاليد ؟ • لعل خير معيار فى هذا الصدد هو تفاوت المصالح ــ الذى يقوم على أساس تحقيقهـــا هذان النوعان من القواعد ــ فى قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار فى المجتمع • فالقيم التى تعمل على اقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثرا فى اقامـــة النظـــام الاجتماعى من تلك التى يعمل القانون على اقرارها ، ولذلك لاتحتاج كفالتهـــا الى اجبار مادى جماعى بل يكفى فى شأنهـــا مجـــرد الاستنكار العـــام «[1]» •

(١) انظر :

Paul ESMEIN, La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'Introduction à l'étude du droit, t. I, 1951, pp. 111-113. — Del Vecchio, op. cit., p. 266.

١٦ ــ القانون والأخلاق «(١)»

اذا كان القانون والأخلاق لم تتحدد معالم التفرقــة بينهما بشكل واضح الا منذ القرن الثامن عشر «(٢)» ، الا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم

---

(١) لعل هذا الموضوع من أحفل الموضوعات التى حظيت بعناية الفلاسفة والفقهاء ، ولذلك فمراجعة وفيرة تكتفي بالاشارة الى أهمها فيما يلي :

MAY, op. cit., pp. 12 - 14. — Roubler, op. cit., No. 5, pp. 33 - 42. — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52. — Pasquier, op. cit., Nos. 348 - 354. — Del Vecchio, op. cit., pp. 270-279. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 76-78. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172-196. — Darbellay, La règle juridique, pp. 117-146. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37. — Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14,-18, 206, 208. — Ripert, Les forces créatrices du droit, Nos. 69-76. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 43-45. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 14. — Draghicescu, Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de Sociologie Juridique, 1932, Nos. 1-2, pp. 229-245. — Le FUR, Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3-4, pp. 7-27. — Dupeyraux, Les grands problèmes du droit, Arch. de phil. du droit, 1938, Nos. 1-2, p. 7-77. — Esmein, article précité, pp. 119-127.

سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، فقرة ١٦ ــ فقرة ٢٥ ــ محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون ، فقرة ١٣ .

(٢) كان القانون مختلطا بالدين والاخلاق منذ قديم . فلم يكن اليونان يجعلون فارقا بين القانون والاخلاق ، بل كانوا ينظرون الى قواعد القانون على أنها قواعد اخلاقية مقصود بها تحقيق الخير والسعادة . ولكن التفرقة بين القانون والاخلاق ما لبثت أن عرفت طريقها الى بعض فقهاء الرومان ، ان لم يكن على سبيل التأصيل والتفصيل ، ففي الاقل على سبيل الشعور بضرورة تعيين حدود للقانون بحيث لايختلط بالاخلاق ، وهو مايدل عليه قول الفقيه « پول » : « ليس كل مايبيحه القانون يعتبر موافقا للاخلاق » .

ولكن الخلط بين القانون والاخلاق ما لبث أن فشا فى العصور الوسطى ، فأصبح ينظر الى القانون كقواعد عالمية للسلوك بحيث تشمل وتستوعب فى رحابها الاخلاق ، على عكس ما كان مستقرا فى القديم من أن الاخــلاق هى التى تستوعب القانون .

ولم يتح للتفرقة بين القانون والاخلاق أن تعود وتظهر كنظرية الا فى أوائل القرن الثامن عشر ، حين اشتد طغيان الدولة فى الحجر على الآراء والمعتقدات ، فظهرت الرغبة فى محاربة هذا الطغيان واستخلاص حرية الفكر والاعتقــاد للأفــراد ، وهو ما عبر عنــه « توماسيوس » (Thomasius) باقامــة نظريــة ترد ما يتعلق بالفكــر والضمير والاعتقــاد الى الاخــلاق ــ

مازالت تختلف اليها السبل وتتباين بشأنها المعايير • وقد يتيح لنا الوقوف عندما يميز القانون من كونه يستهدف اقامة نظام اجتماعى ، سبيلا الى اقامة التفرقة بينهمـا على أساس سليم •

(١) نطاق القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين القانون والأخلاق ، فان القانون مع ذلك يلتقى مع الأخلاق فى كثير من قواعدها ، كتلك التى تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التى تدعو الى الوفاء بالعهود ، أو التى تحرم الاثراء بغير سبب مشروع ، ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء الى اختلاف القانون بالأخلاق ، اذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته •

فكثيرا ما ينبسط سلطان القانون علي ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة فى الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور فى الطرق العامـة ، وتحديد مواعيد للطعن فى الأحكـام ، واشتراط الرسمية فى بعض التصرفات • فهذه أمور تنظيمية بحتة تحتمهـا فكرة النفع الاجتماعى •

ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الأخلاق ، فهو لايهتم فى الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق •

وبذلك يتضح أن النطاق ، اذا كان يتداخل بين القانون والأخلاق حينا ، الا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينبسط فى القانون عنه فى الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع فى الأخلاق عنه فى القانون «١» •

= لا الى القانون • ثم تعززت التفرقـة بين القـانـون والاخلاق بتأكيـد الفيلسوف « كانت » (Kant) لها ، واستقرت لدى الفلاسفة والفقهـاء منذ ذلك الوقت .

انظر فى تاريخ التفرقة بين القانون والاخلاق :

Del Vecchio, op. cit., pp. 272-275. — Roubier, op .cit., No. 5, p. 32-38.

(١) انظر :

Esmein, article précité, p. 123. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 40-42. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 266, 349.

(٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق : اذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والأخلاق ، فان ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا .

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار فى اقتصار الأخلاق على حكم الحياة الباطنة فى الضمير التى ما زالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد فى صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عندما يستتر وراءها فى الضمير من دوافع خفية «١» .

ولكن الواقع أن الأخلاق ، وان كانت تعنى فى الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهى لاتقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا الى كثير من الأفعال الخارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الأخلاق لاتقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب ، ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد «٢» ، وهو ما يتناول عالم النيـة وعالمَ المحسوس من الأفعال على حد سواء .

وكذلك القانون ، فانه ان كان فى الأصل يحكم ما يخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لا يغفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال فى النفس من دوافع «٣» ؛ وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى سبب الالتزام والحيازة خير دليل على ذلك .

---

(١) انظر فى ذلك :

Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

(٢) وقد أريد الاستناد الى ذلك لمقابلة القانون بالاخلاق ، والتوصل الى القول بأن القانون يفترق عن الاخلاق فى كونه لايعنى ببيان واجبات الفرد نحو ربه ولا بواجباته نحو نفسه ، وانما يقتصر على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد . ولكن هذا القول لايصدق على اطلاقه ، فبعض القوانين تعاقب على الالحاد ، وبعضها يعاقب على الشروع فى الانتحار .

(انظر فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 31 ,37.) .

(٣) انظر فى هذا المعنى :

R. Capitant, thèse pécitée, pp. 189, 190. — Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200-204. — Esmein, article précité, pp. 121, 122.

فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نيته لم تنصرف الا الى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، اذ تؤخذ نية الاضرار عنده قرينة على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية .
واستئجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الايجار لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح معه سبب الالتزام غير مشروع .
وحسن نية الحائز يدخل فى الاعتبار عند ترتيب الآثار القانونية على الحيازة .

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والأخلاق الى الجزاء «[1]» ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية للاجبار والالزام ، لاتجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف فى القانون عنه فى الأخلاق ، ولكنه لا يفى بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف فى الجزاء .

والواقع أن اختلاف الجزاء ليس الا وليد اختلاف فى الغاية والهدف بين القانون والأخلاق . فغاية الأخلاق مثالية هى السمو بالانسان ، وغاية القانون واقعية نفعية هى اقامة نظام فى المجتمع .

ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها الى مراقى السمو والكمال الانسانى . وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذى يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها .

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., § 8, pp. 92-94
ومثل هذا المعيار نجده كذلك عند الفيلسوف « كانت » الى جنب المعيار الذى سبق بيانه وهو اقتصار الاخلاق على النيات الباطنة دون الاعمال الخارجية المحسوسة .
أنظر فى ذلك :
Roubier, op. cit., No. 5, pp. 34, 35 .

فالأخلاق اذن انما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغى لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلى . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه . ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية »(١) .

وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره فى تطلعه الدائم الى السمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة فى سعيها الحثيث الى تحقيق صالحها واقامة النظام والاستقرار فيها . ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو نظام اجتماعى، والأخلاق هى نظام فردى أوشخصى»(٢) .

(١) أنظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172-185. — Le FUR, article précité, p. 25. — Réglade, op. cit., pp. 44-46. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 37, p. 57. — De La Gressaye et Laborde — Lacoste, op. cit., No. 76, p. 59. — Ripert et Boulanger, op. cit. No. 43.

وقرب من ذلك :

Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, article précité, pp. 72-74. — Del Vecchio, op. cit., pp. 276 et 277.

وقارن :

Duperoux, article précité pp. 67-71.

(٢) ولذلك يعبر بعض الفقهاء بحق عن ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل (Le juste ou la justice) ، بينما تستهدف الاخلاق تحقيق الخير Le bien ، أو الرحمة والاحسان (La charité) . فان سلوك الفرد بالنسبة الى المجتمع هو وحده الذى يمكن وصفه بأنه عادل أو غير عادل ، ولذلك كان العدل مرادفا للنظام الاجتماعى . أما سلوك الفرد بالنسبة الى نفسه فلا ينظر اليه الا على أنه خير أو شر ، ولذلك كان الخير مرادفا للنظام الفردى أو الشخصى .

أنظر فى هذا المعنى :

[Mazeaud, op. cit., No. 14, pp. 23, 24. — R. Capitant, thèse précitée, p. 174, note 1 et 2] .

والنظامان ـ وان كانا يختلطان فى الظاهر ـ الا أنهما يفترقان فى الواقع حتى فى الصورة التى يجمعان فيها على قواعد واحدة • فكل من الأخلاق والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما هدفا متباينا من وراء هذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية ومالها من أثر وخيم فى أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الأخلاق الى ما تنحدر اليه نفس القاتل من درث سحيق فى الشر وانغماس فى الرذيلة •

فالقانون حين يحرم القتل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخل بأمنه واستقراره ، بينما الأخلاق حين تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة «١» • فمحكمة الأخلاق اذن هى محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر فى ذاته ، ومحكمة القانون هى محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضر الاجتماعى •

(٣) آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق : اذا كان القانون والأخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى فى الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتبع افتراقا كبيرا بينهما فى الآثار •

فاختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يؤدى الى اختلافهما فى النطاق ، اذ يمتد القانون ـ كما سبق البيان ـ الى ما لايدخل بطبيعته فى غاية الأخلاق حيث لاتعرض مشكلة ضمير ، وينفض القانون يده مما قد يدخل فى غاية الأخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسى•

واختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، تستتبع كذلك اختلافهما فى بعض ما تفرضان ـ لنفس الحالات ـ من قواعد للسلوك • ذلك أن القانون ـ وهو يهدف الى تحقيق العدل على أساس من اشاعة الاستقرار والأمن

---

(١) فى هذا المعنى :
De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 76. — R. Capitant, thèse précitée, p. 175.

والنظام فى الجماعة ـــ يضطر الى النزول فى سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الأخلاقية «[١]» ، كما يفعل حين يحمى الحيازة حتى فى مواجهة المالك الأصلى ، وحين يرخص للمدين فى الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين ، وحين يحمى المجرم من القصاص اذا تقادمت الجريمة أو العقوبة ، وحين يبيح الاقراض بفائدة .

ويكون طبيعيا كذلك أن يختلف القانون والأخلاق فى الجزاء مادامًا يختلفان فى الغاية . فينحصر جزاء الأخلاق فى تأنيب ضمير المخالف لها أو فى الخوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون فى الاجبار الجماعى الذى تتكفل السلطة العامة فى الجماعة باعلانه وانفاذه بما يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الأخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعورا بالحطة والضعة والتأنيب . أما قواعد القانون ، فلكون القصد منها اقامة نظام للحياة فى الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها ـــ وهى تعرض هذا النظام للخطر ـــ دون جزاء جماعى مجبر يكفل احترامه وبقاءه «[٢]» .

ويكون طبيعيا فضلا عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والأخلاق ، أن تقتصر الأخلاق ـــ وهى قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى نفسه ـــ على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهى اذا كانت مثلا تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لاتنشىء بذلك للمحتاجين حقا فى العون قبل القادرين .

---

(١) فى هذا المعنى :

Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172, 173. — Roubier op. cit., No. 5, pp. 40, 41.

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 39, 40

بينما القانون يعمد — فوق بيانه الواجبات — الى تقرير الحقوق «[١]» .
فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق فى اقتضاء المدين هذا الوفاء .
وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسئولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل فى مقابل هذا الواجب حقا للمضرور فى التعويض قبل من وقع منه الضرر .

(٤) مدى تأثر القانون بالأخلاق : اذا كان القانون يختلف اختلافا جوهريا عن الأخلاق فى الغاية مما يجر وراءه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ، فان ذلك لايعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالأخلاق . فذلك نظر متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفا النظر العكسى الى القانون باعتباره محكوما حكما تاما بالأخلاق .

فقد ذهب الفقية الفرنسى الكبير « ريبير » (Ripert) ، فى كتابه القيم عن « القاعدة الخلقية فى الالتزامات المدنية » ، الى أنه ليس ثم فارق بين القانون والأخلاق ، لا من حيث الغاية ولا من حيث النطاق . فقواعد القانون كلها محكومة بالأخلاق ، وهو ما يعطيها سندا متينا من الشرعية والالزام فى نفوس الأفراد ، يجعلها أكثر قبولا ومراعاة فى التطبيق العملى .
وليس يعنى هذا أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقضى به الأخلاق ، فان الأخلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الأخرى على التسلل الى القانون لتوجيهه وحكمه .
والغلبة النهائية لابد مكتوبة للأخلاق ، طالما يفتقد القانون الأساس المثالى ، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل سيادة المثل الأخلاقية «[٢]» .
وهذا يفسر كثرة القواعد الأخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول فى رحاب القانون ، مما يمكن معه القول بأن القانون آخذ اليوم فى الاصطباغ

---

(١) فى هذا المعنى :
Del Vecchio, op. cit., pp. 276-277. — Roubier, op. cit., No. 5, p. 42.

(٢) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, notamment, Nos. 14, 15, 208.

بصيغة أخلاقية ظاهرة لايمكن انكارها أو التغاضى عن دلالتها»[١] . والأمثال على ذلك كثيرة من واقع اتجاه القانون الحديث الى الأخذ بنظريات تستمد أصولها من الأخلاق ، كنظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة .

والواقع أن أثر الأخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، فلا تجب المبالغة فى التضخيم من شأنه ، اذ ما هو الا عامل واحد ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فى تكوينه . وأثر الأخلاق لابد محدود فى نطاق القانون ما دام كل منهما يستهدف غاية مباينة للآخر . فأمام اختلاف الغاية بينهما لايتصور خضوع القانون خضوعا تاما للأخلاق .

واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الأخلاق ، فان ذلك لايعنى اصطباغ القانون بصبغة أخلاقية ، فقد سبق أن أشرنا الى أن وحدة الحلول بين القانون والأخلاق لنفس الفروض لايفيد وحدة الأساس الذى تقوم عليه ، فكل منهما ينظر من الزاوية التى توافق غايته . ولذلك فاذا كان القانون قد انتهى الى الأخذ بأمثال هذه النظريات ، فانه لم يقررها لما تضع من مثل أخلاقية تحقق السمو والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غاية القانون . ولكنه قررها لأن نفع المجتمع يبدو واضحا فى أن لايترك الحق مثلا فى يد صاحبه سلاحا يستعمله فى الاضرار بالجماعة . ولأن صالح الجماعة ظاهر فى اقتضاء اعادة النظر فى شروط العقد ان جدت ظروف استثنائية عامة طارئة لم تكن متوقعة وقت ابرامه يكون من شأنها التعسير على المدين وارهاقه ارهاقا شديدا بما يتهدده —

---

(١) يبدو أن «ريبير» قد غير هذه النظرة . فهو فى كتابة الاخير عن «القوى الخلاقة للقانون» يسجل ما شهدته السنوات الاخيرة من كثرة انحراف القانون عن قواعد الأخلاق ، ويحذر من هذه الظاهرة الخطيرة ، ويؤكد استمساكه بالأخلاق كأساس للقانون وكعاصم مما يتهدد المدنية من خطر انتشار هذه الظاهرة .

(أنظر :

[Ripert, Les forces créatrices du droit, 1955, notamment, Nos. 72 - 76, 180] .

ان ألزم بالوفاء دون مراعاة لما جدَّ من ظروف ـ بخسارة جسيمة فادحة .
وكل أولئك يفصح عن أن القانون لايختلط بالأخلاق ، اذ يظل على غايته لايستهدف تحقيق الكمـال والخير فى الفرد بقدر ما يستهدف تحقيق النظام والعدل فى المجتمع .

غير أن استقلال القانون عن الأخلاق وعدم اختلاطـه بها ، لا ينفى تأثره بها فى بعض الأحيان ، حين لاتجد الجماعة مناصا ـ لتماسك نظامها ـ من استلزام قدر معين من الأصول الأخلاقية ، كما هو الشأن فى فكرة « الآداب » (Les bonnes mœurs)[1] التى يحيطها القـانون بحماية كبيرة ، فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الأفراد .

المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادى جماعى[2]

١٧ ـ فكرة الجزاء او الاجبار القانونى

قلنا ان القانون يهدف الى اقامـة نظام فى المجتمع عن طريق وضع

(١) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سيرد فى الفصل الثانى من هذا الباب.

(٢) انظر فى هذا الموضوع :

Du Pasquier, op. cit., Nos. 135-140, 262, 323. — Roubier, op. cit., No. 4, pp. 25-32. — Dabin, op. cit., Nos. 22-35. — Lévy - Ullmann, op. cit., p. 145 et s. — May, op. cit., pp. 44-52. — Darbellay, op. cit., Nos. 9-11. — Cornil, op. cit., pp. 8-9 et 20-39. — Del Vecchio, op. cit., pp. 295 - 301. — Réglade, op. cit., pp. 108-112. — R. Capitant, thèse précitée, p. 115 et s. — Haesaert, op. cit., pp. 93-102. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34. — Mazeaud, op. cit., No. 11. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 8. — Vinogradoff, Common-sense in law, pp. 38-43.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، فقرة ١١ ـ حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ١٥ و ١٦ ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١ فقرة ١٤ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ص ١٠ ـ ١٣ . ـ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩ و ١٠ . ـ محمود جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعـدة القانونية ، فقرة ٤ .

قواعد سلوك تتوجه الى الأفراد • ولكن لما كانت مخالفة هذه القواعد أمرا متصورا — على خلاف الحال فى القوانين والنواميس الطبيعية — لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعـة أو طريق المخالفـة ، تعين فرض جزاء مادى يرصد على كفالـة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها • وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق فى تقويم مخالفة الآخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكيم ، والقضاء على القانون من حيث يراد تأكيد سلطـانه • من أجل ذلك تحتم الضرورة وجود سلطة عامة مختصة فى الجماعة يعهد اليها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يجتمع لها من قـوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتهـا •

تلك هى فكرة الجزاء التى يعتبرها أكثر الفقهـاء لازمة من لوازم القانون ، حتى ليتخذها بعضهم فيصلا للتفرقة بين القواعد القانونية وبين غيرها من قواعد السلوك أو القواعد الاجتماعية الأخرى •

وينبغى أن يكون واضحـا أن هذه الفكرة لاتعنى أن القـانون لا يتصور احترامه الا على أساس وجود مثل هذا الجزاء • فالغالب أن احترام الأفراد للقانون انما يقوم على أساس الرغبة لا على أساس الرهبة ، إذ القانون انما يمثل فكرة العدل والنظام الواجب فى المجتمع ، وهو ما يجعل طاعته فى الأصل تلقائية «١» ، ولكن تعن الحاجـة الى الجزاء ، رغم ذلك ، كضرورة واجبة لمواجهة احتمال مخالفـة قـواعد القانون «٢» • فيكون كالسلاح الذى لايشهر أو يستعمل الا عند الاقتضاء حين يخرق القانون ،

---

(١) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 25. — DABIN, op. cit., No. 26.

عبد الرزاق السهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١١ •

(٢) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 296. — Roubier, ibid.

اذ يتعين حينئذ تأكيد سلطانه بقهر الارادات العاصية وفرض طاعته جبرا لتخلفهـا اختيارا •

فالذى تعنيه فكرة الجزاء اذن ، هو امكان حمل الأفراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون •

غير أن التعبير بلفظ الجزاء (La sanction) قد يكون قاصرا عن بيان حقيقة الجزاء القانونى وتفرقته عن الجزاء الدينى والجزاء الأخلاقى ، اذ تستوى القواعد القانونية والدينية والأخلاقية فى وجود جزاء يرصد على كفالة احترامها ، وان كان مختلفا فى كل منها عن الأخرى من حيث الطبيعة والمدى • من أجل ذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانونى بلفظ الاجبار (La contrainte) «١» ، فهو يفصح عن صفته الحالة المادية المنظمة التى تثبت له نتيجة قيام سلطة عامة فى الجماعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المادية «٢» ، ويتيح بذلك فصله عن الجزاء الدينى الذى توقعه القدرة الالهية فى الآخرة ، وعن الجزاء الأخلاقى الذى ينحصر فى تأنيب الضمير أو استنكار الناس •

فالاجبار الذى يصحب القـواعد القانونيـة يتميز اذن بأنه مادى محسوس أى بأنه خارجى ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لا فى الآخرة • ويتميز كذلك بأنه اجبار منظم تتولى سلطـة عامـة مختصـة توقيعه باسم الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد

---

(١) انظر : Dabin, op. cit., No. 27

(٢) لايجب أن يستخلص من ذلك أن القانون نظام يقوم على القوة . فهو يظل قائما على العدل ، وما اعتماده على القوة الا لتسخيرها فى خدمة العـدل وكفالته . وما أصدق « باسكال » فى بصره بهذه الحقيقة فى قولته المأثورة :

« La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste ». [Pascal, Pensées et opuscules, Hachette, Pensées, section V, No. 298, p. 470.]

التثبت من وقوع المخالفة بواسطةسلطة أخرى مختصة هي السلطة القضائية. ومن ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به السلطات العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعه باسم هذه الجماعة دون أن يستقل بتوقيعه الأفراد أنفسهم ، ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العام أو الجماعى (La contrainte publique ou sociale) . ذلك أنه قد اندثر منذ قديم عهد الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق ممارسة الاجبار وتوقيعه لحسابه الخاص «[1]» .

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فانها ــ حيث تعن الحاجة ــ تنزل عن حق الاجبار الجماعى مبيحة الاجبار الخاص عن طريق الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن فى حال الدفاع الشرعى «[2]» ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المال بالقوة دفعا لعدوان غير مشروع يقع عليهما . وكذلك فى حق الحبس «[3]» ، حيث يباح لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لايعرض الوفاء بالتزام واقع عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به (م ١/٢٤٦ من التقنيين المدنى) . فللبائع مثلا أن يحبس المبيع حتى يقوم المشترى بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن . وللمستعير أن يحبس العارية حتى يقوم المعير بايفائه ما اضطر الى انفاقه للمحافظة عليها «[4]» .

---

(١) انظر فى تطور فكرة الجزاء أو الاجبار الجماعى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 27. — Cornil, op. cit., pp. 20-25.

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 16 p. 62. — Roubier, op. cit. pp. 27, 28.

(٣) فى هذا المعنى :

Dabin, ibid.

(٤) انظر مع ذلك فى انكار صفة الجزاء أو الاجبار على الحق فى الدفاع الشرعى والحق فى الحبس :

Du Pasquier, op. cit., No. 140. — Dabin, Théorie générale du droit, No. 34, p. 47.

محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

١٨ ـ الاجبار عنصر جوهرى لقيام القانون

اختلف الفقهاء فى شأن اعتبار الجزاء أو الاجبار عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية . فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها ، اذ القانون عندهم هو مجموع القواعد التى تتجة نحو الاقتران بجزاء «[١]» ، دون أن يشترط اقترانها فعلا وحتما بهذا الجزاء . فالجزاء فى هذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجى متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفى وجوده وان كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه فى العمل .

غير أن من العسير التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون يقتضى حتما نفاذه طالما هو يضع نظاما للمجتمع ، ذلك أن تعليق النفاذ برغبة المكلفين يتبعون القانون أو يخالفونه يؤدى الى اختلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته .

والواقع أن انصراف بعض الفقهاء عن اشتراط الجزاء أو الاجبار لوجود القانون، انما هى خشية تراودهم من أن يحمل هذا الاشتراط معنى اخضاع القانون لسلطان الدولة وعقده بمشيئتها، اذ هى التى تقوم على الاجبار بما تحتبس بين يديها من قوى مادية قاهرة «[٢]» . ولكنها خشية

(١) انظر فى هذا المعنى :

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I, No. 16, pp. 47-48 et 51; t. IV, p. 252. — Josserand, Cours de droit civil positif français, t. I, No. 3. — Du Pasquier, op. cit. No. 262. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34, p. 55. — Réglade, op. cit., pp. 107-109. — Le FUR, Les grands problèmes du Droit, p. 116.

وقرب من ذلك القول بأنه يكفى لقيام القانون مجرد شعور جمهور الأفراد بأن ثمة جزاء يمكن تنظيمه اجتماعيا ، حتى ولو لم ينظم بعد فعلا أو كان فى دور التنظيم (Duguit, op. cit., t. I, No. 8, p. 94). ؛ أو القول (R. Capitant, thèse précitée, pp. 116-118) بأن العبرة فى قيام القانون ، ليست بوجود جزاء أو اجبار على مخالفة قواعده ، وانما بما تلقاه هذه القواعد من الأفراد من طاعة بصفة عامة .

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 4, p. 26.

لاتجد مايبررها،فالدولة ــ كما يقال ــ هى «دولة القانون» Etat de droit «١» أى تخضع للقانون اخضاعها الأفراد له ، فهى خادمة القانون تعمل على تأكيد سيادته وكفالة احترام قواعده .

وأيا ما كان الأمر ، فان القائلين بامكان تصور وجود القانون دون جزاء أو اجبار جماعى يكفله ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبار فى بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولى العام والقانون الدستورى «٢» .

ولسنا نعرض الآن بالتفصيل لتمحيص هذا التدليل ، فذلك موضعه عند الكلام فى فروع القانون .

وانما يعنينا فى هذا المقام الاكتفاء بالاشارة الى أن القانون الدولى العام ما زال فى المراحل الأولى لتكونه وتطوره ، فهو ما يزال يمر اليوم بمرحلة الاقتصاص الفردى التى تعداها القانون الداخلى منذ قرون أى منذ انتهى الأمر الى تركز السيادة فى المجتمع فى يد سلطة عامة مختصة تملك حق الاجبار الجماعى كفالة لاحترام القواعد القانونية . فالقانون الدولى العام اذن لم يبلغ بعد نهاية تطوره ، أى ما زال يفتقد الصفة القانونية الكاملة «٣»، ولذلك فلا مجال للاستدلال به على امكان قيام القواعد القانونية دون جزاء أو اجبار .

أما القانون الدستورى ، فمن العسير انكار توافر الجزاء أو الاجبار لقواعده ؛ كل ما هنالك أن الجزاء يتخذ فيه صورا مختلفة عن الجزاء العادى المعروف فى بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة

---

(١) Del Vecchio, op. cit., p. 376.

حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٦١ .

(٢) فى هذا المعنى :

Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116, 117. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34, pp. 54, 55. — May, op. cit. p. 49.

(٣) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 38, 39.

القانون الدستورى نفسه ، اذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضهــا البعض ، فلا يتصور ـ والمخالفة قد تقع من احداها ـ الا انشــاء نوع من الرقابة المتبادلــة بين هذه السلطــات جميعا تكفل احترام قواعــد القانون الدستورى «(١)» . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السلمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيد سيادة قواعده «(٢)» .

كل ذلك يفصح عن أن التشكيك فى ضرورة توافر الجزاء أو الاجبار لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره «(٣)» . ومن هنا ينبغى الاقرار

---

(١) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 4, p. 32.

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣٢ ، وفقرة ١٧٨ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق، فقرة ١٨ ، ص ٣١ و ٣٢ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٣٧ .

(٣) أنظر مثالا على ذلك ما أثاره من تشكيك غير مبرر نص المادة السابعه من قانون تحقيق الجنايات المصرى القديم ، الذى كان يقضى بأن كل من عاين وقوع جناية تخل بالأمن العام او يترتب عليها تلف حياة انسان أو ضرر لملكه ، يجب أن يخبرالنيابة العمومية أو أحد مأمورى الضبطية القضائية وأن تضبط الجانى ويسلمه الى الجهة المختصة . فقد استخلص البعض ، من عـدم ارداف الواجب الوارد فى هذا النص بجزاء معين ، دليلا على امكان تخلف الجزاء أو الاجبار فى بعض القواعد القانونية .

ولم يكن مثل هذا التخريج سليما ، فقد بنى على أساس عيب واضح فى صياغة النص أوحى بأنه انما يفرض واجبا بالتبليغ والضبط على من شاهد الجنايــة ، بينمــا كان يقصــد الى اعطائه حقــا فى ذلك ، وهو ما لا ينتفى معه وجود الجزاء . اذ على هذا الأساس يصبح فعل الضبط مشروعا فى هذه الحالة رغم عدم صدور أمر به من رجال السلطــة العامــة ، وهو ما يستتبع الزام الجانى بالاستسلام له وعدم مقاومته ، والا اعتبر معتديا تلحقه عقوبــة الاعتداء فضلا عن عقوبة ما ارتكب أصلا من جناية . (انظر فى هذا المعنى : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٢ ، ص ١٤ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ص ١١ ، هامش «١») .

وعلى أســاس هذا الفهم ، صحح قانون الاجــراءات الجنائية الجديد صياغة النص القديم بما يرفع كل شك فى اعتبار الضبط حقا لا واجبا ، بنصه فى المادة ٣٧ على أن « لكل من شاهد الجانى متلبسا بجناية أو جنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطى أن يسلمه الى أقرب رجال السلطة العامة دون=

بما يذهب اليه جمهور الفقهاء «١» من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة أى قواعد يقوم الاجبار الجماعى على كفالة احترامها .

١٩ ـ صور الجزاء او الاجبار

لا يتخذ الجزاء أو الاجبار ـ الذى تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة فى الجماعة ـ صورة واحدة ، بل تختلف صوره باختلاف المكان ، وتتفاوت بتفاوت الزمان، وتتنوع تبعا لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده . ورغم اختلاف صور الجزاء أو الاجبار ، فيجمعها كلها معنى واحد هو تمام القدرة على اعطاء القانون صفة فعالة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده .

ولعل أول صورة تخطر للجزاء فى الذهن هى صورة الجزاء الجنائى ، أى الاجبار الذى يتخذ شكل العقوبة . والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم المخالف لأحكام القانون كالاعدام . وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها كالأشغال الشاقة مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والسجن والحبس والوضع تحت مراقبة البوليس . وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة .

غير أن الجزاء أو الاجبار ليس كله جنائيا ، فهناك الجزاء المدنى وصورة كثير متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطلان ، وهو ما يكون فى حال ابرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات ولا يرتب عليها بالتبعية أى أثر قانونى . ومن أمثلة ذلك ما يشترطه القانون المدنى المصرى من أن تكون الهبة فى العقار

= احتياج الى امر بضبطه » . (انظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، هامش «١» .

(١) Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 8. — Mazeaud, op. cit., No. 11. — Lévy Ullmann, op. cit., p. 145. — Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920, No. 11.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١١ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٢ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص ١١ . ـ محمد على امام، المرجع السابق،فقرة ٩ .

بورقة رسمية والا وقعت باطلة (م ٤٤٨) ؛ فاذا تمت الهبة بورقة عرفيـة فهى باطلة لاتترتب عليها آثار الهبة • وكذلك ما ينص عليه القانون المدنى من أن العقد يكون باطلا اذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفا للنظـام العـام والآداب (م ١٣٥ و ١٣٦) : فيقع باطلا كل اتفـاق على ارتكاب جريمـة لقاء أجر معين ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله فى الدعارة •

وقد يتخذ الجزاء المدنى صورة محو أثر المخالفة أى ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون ان كانت الازالة تدخل فى حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفـة ، كسـد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن متر — وهى المسافة القانونية المسموح بها — أو هدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم •

فان تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هى صورة الجزاء التعـويضى ، فيقع الاجبـار على مـال المخالف بأن يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطراره لتحمل آثاره نظرا لاستحالـة محوه • فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فبتر له ساقه، لا يستطيع أن يعيد له الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضا نقديا يعوضه عن بقائة دون ساق •

وقد يجتمع الجزاء الجنائى والمدنى فى نفس الصورة • فمن قتل شخصا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض • ومن اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشىء المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد • ومن قذف فى حق آخر ينال العقاب الجنائى ، وقد يلزم بتعويض المقذوف فى حقه تعويضا ماليا •

الفصل الثانى
مدى سلطان إرادة الأفراد
إزاء القانون *

٢٠ ـ تنوع قواعد القانون الى قواعد آمرة وقواعد مفسرة او مكملة ، يستتبع تفاوت سلطان ارادة الافراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق .

اذا كان القانون يحكم سلوك الأفراد حكما ملزما يكفله اجبار مادى جماعى ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الارادة ازاء القانون ، وأنه لايتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون . ولكن الأمر ليس على هذا النحو المطلق ، ذلك أن قواعد القانون ليست نوعا واحدا ، بل

---

* **المراجع :**

Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., Nos. 200-211. — H. Capitant, op. cit., Nos. 24-35. — R. Capitant, op. cit., pp. 69-74. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 237-239. — Del Vecchio, op. cit., pp. 289-291. — Du Pasquier, op. cit., No. 117. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 97-99. — Mazeaud, op. cit., Nos. 67, 68, 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, obligations, par Esmein, 2e éd.; Nos. 226-248. — Ripert et Boulanger op. cit., Nos. 575-582.

عبد الرزاق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ ـ فقرة ٢٤١ . ـ احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢١٢ ـ فقرة ٢١٦ . ـ انور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، الجزء الأول ، فى مصادر الالتزام ، فقرة ١٧٩ ـ فقرة ١٩٣ . ـ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، هامش رقم «١» ، ص ١٦٤ وما بعدها . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٨ ـ فقرة ٨٢ . ـ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ ـ فقرة ٤٨ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ ـ فقرة ٥٩ . محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٩٢ ـ ١٠٥ . ـ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٧٩ـ٨٥ .

هى تتنوع نوعين كبيرين ، تجد الارادة سلطانا بالنسبة الى أحدهما دون الآخر . فقواعد القانون ، اما قواعد آمرة (Règles impératives) ، واما قواعد مفسرة أو مكملة (Règles interprétatives ou supplétives) ».

أما القواعد القانونية الآمرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونيـة التى لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسهـا . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فهى تلك القواعد التى تلزم الأفراد فى حال عدم انصراف ارادتهم الى مخالفتها .

فكأن مدى سلطان ارادة الأفراد متفاوت بتفـاوت نوع القـواعد القانونيـة . فسلطـان ارادة الأفراد منعدم ازاء القـواعد القانونيـة الآمرة ، بمعنى أن الـزام هـذه القـواعد لهم انما هو الـزام بات مطلق ، لا يملكون أمامـه الخروج على أحكامها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملـة ، فسلطان ارادة الأفراد ازاءها كامل موفور ، بمعنى أن للأفراد فى الأصل حق الخروج عليها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونيـة الآمرة .

وقد دعا الى هذا التنوع فى القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الأفراد تقييدا كاملا فى ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا فى ناحية أخرى ، أن النشاط الفردى والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهميـة والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلـة بالمجتمع ، عظيم الأثر فى حياته ، بحيث ينبغى استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منعا باتا من مخالفتها ؛ وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسيـة ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ؛ وان يكن القانون فى مثل هذه الحال لا ينفض يده

نقضا تاما من وضع تنظيم نموذجى يلزم من لايظهر ارادته من الأفراد فى مخالفته ؛ وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة أو المكملة «١» .

فالقاعدة القانونية التى تحرم القتل أو السرقة مثلا ، قاعدة آمرة بمعنى أن لايجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال. والقاعدة القانونية التى تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة آمرة بمعنى أنه يمتنع على الأفراد مخالفتها بالزواج من احدى هؤلاء المحرمات . والقاعدة القانونية التى تقرر للذكر مثل حظ الأنثيين فى الارث قاعدة آمرة ، بمعنى أنه يمتنع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والاناث .

أما القاعدة القانونية التى تقضى مثلا بأن يكون الثمن مستحق الوفاء فى مكان تسليم المبيع (م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدنى) ، فهى مجرد قاعدة مفسرة أو مكملة لا تطبق الا اذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن .

---

(١) يذهب بعض الفقهاء الى أن هذا النوع من القواعد يسمى « القواعد المفسرة » على أساس أنه يفسر اتجاه ارادة الأفراد الى الخضوع لأحكام هذه القواعد بسكوتهم عن مخالفتها (أنظر : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ (الهامش) ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥١ . ـ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٤١ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠ ، ص ٩٥) .

ولكن هذا الرأى محل انتقاد (انظر : Marty et Raynaud, op. cit., No. 98. — ـ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٩٤ . ـ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٨٢) . ذلك انه ينوط الزام القانون بارادة الأفراد ، بينما الزامه فى الواقع الزام ذاتى . هذا فضلا عن أن هذه القواعد تطبق حتى على الأفراد الذين لا يخالفونها لجهلهم اياها ، وليس من المعقول أن يكون تطبيقها حينئذ تفسيرا لارادتهم فى ذلك .

ولذلك يبدو اطلاق اسم « القواعد المكملة » على هذه القواعد أكثر دقة ، اذ هى تفترض عادة وجود نقص ارادى تتصدى لاكماله (انظر فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, ibid.) . ولكنا على اى حال ، سوف نجرى على اطلاق هذه التسمية او تلك ، تغليبا للشائع فى كتابات الفقهاء .

والقاعدة القانونية التى تقضى بأن نصيب كل من الشركاء فى الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته فى رأس المال (م ٥١٤ مدنى) قاعدة مفسرة أو مكملة كذلك ، اذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والخسائر بينهم ، فان لم يتفقوا فالنسبة التى قررتها القاعدة القانونية تلزمهم .

والقاعدة القانونية التى تضع على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية فى العين المؤجرة أثناء الاجارة (م ٥٦٧ مدنى) ليست كذلك الا قاعدة مفسرة أو مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات . ولكن دون حصول مثل هذا الاتفاق ، يلزم المؤجر — طبقا للقاعدة القانونية المذكورة — بهذه الترميمات .

٢١ — توافر صفة الالزام للقواعد المفسرة او المكملة

اذا كان لارادة الأفراد كامل السلطان فى مخالفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الآمرة هى وحدها الملزمة ، وأن القواعد المفسرة أو المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الالزام . ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون فى القواعد القانونية الآمرة حيث تستعصى مخالفتها على ارادة الأفراد، فهى كذلك لاتتخلف فى حال القواعد القانونية المفسرة أو المكملة .

فهذه القواعد ملزمة قانونا اذا لم يوجد اتفاق على عكسها من جانب الأفراد ، أى أن الالزام فيها موجود وان يكن لايتوجه الا الى طائفة معينة من الأشخاص هم الذين لاتنصرف ارادتهم الى مخالفة أحكامها ، والى طائفة معينة من العلاقات والروابط هى تلك التى لم تخضعها ارادة الأفراد لتنظيم مخالف «[١]» .

(١) فى هذا المعنى :
R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

فتطبيق القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة ، معقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها . فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها . ومن هنا، فامتناع تطبيقها ليس معناه أنها قاعدة غير ملزمة ، وانما معناه أن هذه القاعدة الملزمة — أمام ما يوجد من اتفاق مخالف — تفتقد شرطا من شروط تطبيقهـا وهو ما لا يطعن فى وجودها أو الزامها «[1]» .

وليس يستند الالزام — كما يرى بعض الفقهاء — الى ارادة المتعاقدين الضمنيـة ، بانصرافها عن مخالفة القواعد المفسرة أو المكملة ، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ، ولا ينتفى رغم ذلك الزامها لهم فى حال عدم الاتفاق على عكسها ؛ وانما يقوم الزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التى لايحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالخطاب الملزم كذلك الى من لايخالفها من الأفراد .

ولذلك فليس بصحيح ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار القواعد المفسرة أو المكملة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء ، بمعنى انها تكون غير ملزمة قبل حصول اتفاق بين المتعاقدين ، ثم تتحول الى قاعدة ملزمة فى حال حصول اتفاق لايتضمن ما يخالف أحكامها «[2]» .

فمثل هذا القـول انما ينزع فى الحقيقـة عن تلك القواعد الصفـة القانونيـة الملزمـة فى المرحلـة التى تسبق الاتفـاق ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، اذ من غير المعقول أن تكون نفس القاعدة غير ملزمة فى وقت

---

(١) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 291.

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ . — محمد على امام ، فقرة ٤٢، ص ١٠٥ . — سليمان مرقس، فقرة ٥٢، ص ٦٨ و٦٩ .

(٢) فى هذا المعنى :

Niboyet, Traité de droit internatonal privé, t. V. p. 8, note (1)

وانظر فى انتقاده :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الموضع السابق . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ٩٣ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٨٢ ، ص ١٧٥ و ١٧٦ .

معين ثم تصير ملزمة بعد ذلك وهى بحالها لم تتغير ؛ فهذه القواعد تتوافر لها الصفة الملزمة ــ ككل القواعد القانونية ــ منذ وجودهـا ، كل ما فى الأمر أن من شروط تطبيقها عدم اتفاق المتعاقدين على مخالفة أحكامهـا • فالقواعد المفسرة أو المكملة يتوافر لها اذن نفس الالزام الذى يتوافر للقواعد الآمرة ؛ ولكن انطباقها معقود بشرط معين هو عدم انصراف ارادة المتعاقدين الى مخالفتها ؛ ولذلك قلنا انها تتوجه بخطاب ملزم الى طائفة من المتعاقدين هم الذين لم تنعقد ارادتهم على مخالفة أحكامها ، فتحكم بذلك حكما ملزما ما أغفلوا فى اتفاقاتهم تفصيله أو غفلوا عن تنظيمه •

٢٢ ــ معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة او المكملة

يجب التعرف على كيفية التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة وبين القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، اذ على أساس هذه التفرقة يتحدد مدى سلطان ارادة الأفراد انعداما أو اطلاقا كما سبق البيان •

ويراعى أن الأمر فى هذه التفرقة يكون واضحا حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحا بصفتهـا الآمرة بالنص مثلا على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ؛ أو حينما تتضمن تصريحا بصفتها المفسرة أو المكملة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها •

فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، ما تنص عليه المادة ١٣١ من التقنين المدنى من « •• أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحيـاة باطل ولو كان برضـاه •• » وما تقضى به المادة ٢/١٤٧ الخاصة باعطاء القاضى ــ فى حال الظروف الطارئة ــ سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، من أنه « •• يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » ؛ وما تقضى به المادة ١/٢٢٧ من أنه «يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر •• للفوائد•• على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » • وكذلك فكل قواعد قانون العقوبات صريحـة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تقرره من جرائم •

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المفسرة أو المكملة ما تنص عليه المادة ٣٤٨ من التقنين المدنى من أن «تكون نفقات الوفاء على المدين ، الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ١/٤٠٠ من أنه « فى غير المواد التجارية ، اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة فى اثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٥٦ من أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٦٢ من أن « نفقات عقد البيع ورسوم « الدمغة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٥٩٣ من أن للمستأجر حق التنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك » .

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لايحمل بنفسه بيان صفته الآمرة أو المكملة ، وهنا تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام (L'ordre public) والآداب (Les bonnes moeurs) . وهو معيار مسلم فى الفقه ، ويأخذ به المشرع المصرى صراحة اذ تنص المادتان ١٣٥ و ١٣٦ من التقنين المدنى على بطلان العقد اذا كان محله أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب .

وعلى ذلك فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، تعتبر قواعد آمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها «[1]» أى أن سلطان الارادة منعدم

---

(١) ليست كل المسائل التى تتعلق بالنظام والآداب تتضمنها حتما نصوص قانونية ، ولذلك فقد تتحقق المخالفة للنظام العام دون أن يحصل خرق لنص قانونى معين .

انظر فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., No. 225. — Malaurie, op. cit., p. 104 et s. — De La Morandière, article précité, pp. 386, 387.

ازاءها . وكل القواعد القانونية التى لاتتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مفسرة أو مكملة ، لارادة الأفراد مطلق السلطان فى مخالفتها والخروج عليها .

٢٣ — مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتى « النظام العام » و « الآداب » — كفيصل للتفرقه بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة — ليسا الا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ؛ فهما مثلان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التى تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء . فما لايعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب فى جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد فى جماعة أخرى أو فى نفس الجماعة اذا تقدم بها الزمن وأسرع بها التطور .

ومهما يكن من أمر، فالثابت أنه حيث يسود المذهب الفردى وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان ارادتهم فى تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاءون ، وتنكمش فكرة النظام العام فى أضيق نطاق ، فتنحصر القواعد الآمرة فى قلة ضئيلة ترد على سلطان الارادة ، وتكثر القواعد المفسرة أو المكملة لهذه الارادة . أما حيث يسود المذهب الاجتماعى — كما هو المشاهد فى العصر الحديث فى أغلب الدول — فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعا يضعف معه سلطان الارادة ، وتكثر القواعد القانونية الآمرة «[١]» .

ففكرة النظام العام والآداب اذن فكرتان مرتتان نسبيتان ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لأن نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير

= سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥ . — عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ، ص ١٠١ ، الهامش .

(١) انظر : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٨ .

الزمان . ورغم ذلك فقد يمكن اعطاء معيار أو موجه عام يستهدى به فى الكشف عن مضمونها وتعرف ما يدخل فى هذا المضمون من مسائل، فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد آمرة ؛ وما يخرج عنه من مسائل ، فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد مفسرة أو مكملة .

٢٤ ـ النظام العام ((١))

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة ، أى مجموع الأسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها . ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظام العام ، قواعد آمرة لاتملك الارادة الفردية ازاءها أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ؛ اذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيار والتصدع ، فلا يسمح لأى كان بأن تجرى ارادته على خلافها .

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الآمرة ، قواعد قانون العقوبات التى ترسى دعامة الأمن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب أو عدم ارتكاب جريمة من الجرائم لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسئولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التى تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :

Pascanu, La notion d'ordre public par rapport aux transformations du droit civil, Paris, 1937. — De La Morandière, La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi, 1950-1951. — Malaurie, L'ordre public et le contrat, t. I, 1953. — De La Morandière, L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, p 381 et s,

وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب «[1]» والترشيح. فيقع باطلا التعهد بخدمة شخص طوال الحياة ، والتعهد بعدم الزواج اطلاقا ، والتعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف ، والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أ والترشيح فيها .

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى . ولذلك لم يكن جائزا قبل الغاء المحاكم الطائفية الاتفاق على الالتجاء الى المحاكم العادية بصدد منازعات تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، اذ كان النظر فى هذه المسائل من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية وحدها على حسب ديانة وملة الخصوم . ولا يجوز كذلك الاتفاق على رفع قضية تدخل فى اختصاص المحاكم الابتدائية الى المحاكم الجزئية .

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للجماعة كفرض سعر الزامى للعملة الورقية ، فيعتبر باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هى ثبات النقد فيها واستقراره .

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون فى نطاق القانون العام كما يتبين من الأمثلة التى قدمناها ، فالقانون الخاص كذلك لا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة فى العصر الحديث، فأكثرت من القيود على سلطان ارادة الأفراد فى ابرام التصرفات القانونية .

فقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام. ولذلك — كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدنى الجديد — «ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه

---

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى ظل الدستور الجديد (انظر م ٦١ من هذا الدستور ، والمادة الأولى وم ٣٩ من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية) .

المنصوص عليها فى القانون .

والقواعد التى تحكم الحالة المدنية للشخص هى من القواعد الآمرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا تجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها ، فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم فى غير الأحوال التى يحددها القانون أو دون اتباع الاجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير .

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد آمرة ، لأن الأسرة هى الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التى تحكمها فى مقدمة الأسس التى يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين على الآخر أو واجباته قبله ، ويقع باطلا كذلك كل اتفاق على التنازل مقدما عن المطالبة بالنفقة التى يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام ولا يجوز كذلك للزوج المسلم التنازل مقدما عن حقه فى طلاق زوجته «[١]» أو التزوج عليها ، ولا يجوز له كذلك التنازل عن حقه فى الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لأن حقه فى الطلاق وفى تعدد الزوجات بما لا يزيد عن أربع ، من قواعد النظام العام فى مصر لتعلقه بالأسس العائلية التى يقوم عليها بناء الجماعة .

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففى الدول الغربية مثلا ـ على خلاف مصر ـ تعتبر

---

(١) ولكن ليس ثمة ما يمنع من تعهد الزوج مقدما بتعويض زوجته اذا هو طلقها فى يوم من الايام ، اذ ليس فى ذلك ـ كما تقول محكمة النقض ـ « مخالفة لاحكام الشريعة ولا للنظام العام . ولكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به اذا كان الزوج لم يطلق زوجته الا بناء على فعل أتته هى اضطره الى ذلك . » (نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ رقم ٣٥ ، ص ٨٥) .
انظر فى هذا المعنى ، وتكييف مثل هذا التعهد :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١٠ ، هامش رقم «١» .

وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة • وكذلك تبدو نسبيـــة فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الأمر فيها فأباحت أكثرها انفصام الزواج بالطلاق فى حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا تنازل أحد الزوجين مقدما عن حقه فى طلب الطلاق فى احدى هذه الحالات •

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاتصالها بالمصالح الأساسيـــة للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة المال الشائع لمدة تزيد على خمس سنـــوات (م ٨٣٤ مدنى) ، ولا الاتفاق على منع انقاص الالتزام المرهق فى حـــال الظروف الطـــارئة (م ١٤٧ مدنى) ، أو منع تعديل الشروط التعسيفية أو الاعفاء منهـــا فى عقود الاذعان (م ١٤٩ مدنى) ، ولا الاتفـــاق على سعر للفائدة أعلى من ٧ ٪ (م ٢٢٧ مدنى) •

٢٥ ــ الآداب (١)

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق فى الجماعة ، أى مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال • من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونيـــة المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية ، الا قواعد آمرة يمتنع على الأفراد مخالفتهـــا والاتفاق على عكسها بارادتهم ، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقى •

فليس يقصد اذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق ــ والا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجـــة اختلافهما فى الغاية

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1935. — Bonnecase, La notion Juridique de bonnes mœurs; sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, p. 91 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. I, p. 53 et s.

والهدف كما سبق البيان ـ وانما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذى تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها ، بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه «(١)» .
وقد سبق أن أشرنا الى أن هذه الفكرة تعتبر مثلا من الأمثلة القليلة الصادقة على تأثر القانون بالأخلاق ، وحاجته فى سبيل تدعيم نظام المجتمع وتماسكه الى استلزام حد أدنى من الأصول الأخلاقية ، لايبيح للأفراد الخروج عليه بحال من الأحوال .

وفكرة الآداب على هذا النحو كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية بحتة تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لأن العبرة فى مضمونها هى بما تعتبره كل جماعة فى زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها ، وهى تخضع فى ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين فيها . ولما كانت هذه الظروف تتغير على الزمن ، فان فكرة الآداب يختلف مضمونها كذلك فى الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها .

ففى فرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعى برفع دعوى لاثبات نسبه ، لمخالفة ذلك للآداب ؛ ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الآداب من هذه الناحية فأصبح مباحا الآن اثبات النسب . وفى مصر وفرنسا كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة فى الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للآداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى فى الاتفاقات الخاصة بانشاء نواد للعراة مخالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات مشروعة .

ومن بين الأمثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., No. 99, p. 164.

بأدارة أو بايجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمــار «[١]» ، والاتفاقات الخاصة بانشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعــة ، وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات «[٢]» .

٢٦ ـ سلطة القاضى فى تحديد مضمون النظام العام والآداب

اذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » ، فكرتين مرتتين معياريتين تعطيان القاضى سلطة واسعــة فى تحديد مضمونهــا نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره فى الزمان والمكان ، الا أن القاضى لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية فى هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها . ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أى تنسبان الى جماعــة معينة فى زمن معين ، ولذا فالقاضى ــ فى تحديد مضونهمــا ــ مقيــد

---

(١) تنص المادة ٧٣٩ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ١ ــ يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان . ٢ ــ ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسرة ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله ان يثبت ما اداه بجميع الطرق » .

ولكن المادة ٧٤٠ تحد من الحكم المتقدم بالنسبة الى بعض أنواع المقامرة أو الرهان ، فتنص على ما يأتى : « ١ ــ يستثنى من احكــام المــادة السابقــة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الالعاب الرياضية . ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان اذا كان مبالغا فيه . ٢ ــ ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب » . ومثل هذا الاستثناء مفهوم فى الحالتين . ذلك انه حيث يكون الرهان بين المتبارين شخصيا فى الالعاب الرياضية ، لاتتحقق فكرة مخالفة الآداب ، اذ يكون القصد الرئيسى هو التنافس على التفوق فى مثل هذه الالعاب . أما فيما يتعلق بأوراق النصيب ، فقد روعى فى شأن استثنائها من مبدأ بطلان الاتفاقات الخاصة بالمقامرة أو الرهان ، ما يتحقق عادة عن طريقها من انفاق الحصيلة المتجمعة منها ــ بعد توزيع الجوائز ــ فى أعمال البر والخير . (أنظر مذكرة المشروع التمهيدى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٥ ، ص ٣٠٣ و ٣٠٤) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق اذا كان على انهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، اذ يتضمن بذلك فكرة تعويض المراة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للآداب ، أو فكرة معاونتها على بدء حياة جديدة شريفة . (انظر Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., No. 232 ــ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٨ ــ أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ١٩١) .

لا بمايراه هو — ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما فى هذه الجماعة المعينة وفى ذلك الزمن المعين »[١] .

٢٧ — جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد آمرة ، تعتبر قيدا يرد على سلطان الارادة فى ابرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن ارادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القــواعد بطلان الاتفاق الذى يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقــا »[٢] . ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالاجازة ، ويكون لكل ذى مصلحــة أن يتمسك به ، وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب اليه أحد الخصوم ذلك »[٣] (م ١٤١ مدنى) .

---

(١) وفى ذلك تقرر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد ، أنه « يخلق بالقاضى أن يتحرز من أحلال آرائه الخاصة فى العدل الاجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا . » (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٢٣ .)

ولذلك يكون من الطبيعى أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض دون أن يستقل بتقديرها قاضى الموضوع . (انظر : عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش رقم (٢) . — انور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ ، الهامش) . وفى ذلك ضمانة كبرى لاقامة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية .

(انظر : De La Morandière, article précité, p. 389)

(٢) يختلف مثل هذا البطلان المطلق عن البطلان النسبى كما سيرد البيان اذ فى البطلان النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للابطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فان طلب الابطال لا يكون الا من قبل من جعل له القانون حقا فيه ، ويزول حق الابطال بالاجازة الصريحة أو الضمنية من جانبه (م ١٣٨ و ١٣٩ مدنى) .

(٣) اذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد آمرة، فيبدو أن العكس ليس بصحيح ، فقد توجد قواعد آمرة ينص المشرع على صفتها الآمرة ولكنها لاتكون لذلك متعلقــة بالنظام العام ، ولهذا لايترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتهــا . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التى يقصد بها حماية القاصر . فانه اذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تعهد القاصر مقدما بالتنازل عما يقرره القانون له من حماية، الا ان تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . =

والقاعدة أن البطلان يستتبع حتمـا اعـادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق ، أي رجوع كل شيء الى أصله ؛ فيكون لمن سلم شيئا الي آخر تنفيذا للاتفاق الباطل حق استرداده •

غير أن القضاء في مصر «١» كان يجرى ـ اتباعا لقاعدة انحدرت الى القانون الفرنسي من القانون الروماني ـ على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لأنه طرف ملوث لا يجـوز له الاحتجاج بتلوثـه ومخالفتـه للآداب لاسترداد ما أدى •

ولقد هم مشروع التقنين المدنى الجديد بمتابعة هذا القضاء فاحتوى نصا يأخذ به ، ويقرر أنه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، الا اذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » • ولكن لجنة المراجعة رأت من بعد حذف هذا النص فظهر التقنين الجديد خاليا منه «٢» • وخيرا فعلت لأن منطق البطلان يحتم ارجاع كل شيء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات ، لا فرق بين أن يكون سبب البطلان هو مخالفة النظام العام أو مخالفة الآداب •

ولذلك نستطيع أن نقول ـ والأعمـال التحضيرية للتقنين المـدنى الجديد شاهدة بما قدمنا ـ انه لم يعد ثمة فرق فى القانون المصرى اليوم

= ولذلك فان القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر تعتبر قابلة للابطال لمصلحته . وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بابرام مثل هذه التصرفات،وانما يكتفى بالبطلان النسبى، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التى تحرم انفراد القاصر باجراء مثل هذه التصرفات ، بالنظام العام مباشرة .

انظر فى هذا المعنى :

H. Capitant, op. cit., p. 63, note (1). — Marty et Raynaud, op. cit., No. 99, p. 163. — محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ ـ ١٠٤

(١) انظر فى الاشارة الى احكام القضاء المصرى فى هذا الشأن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٣٦ ، هامش رقم (٣) .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقـة بالنظـام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب ، فالجزاء واحد فى الحالين وهو البطلان ، بما يستتبع من اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل »(١) .

(١) انظر فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٨ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ، هامش رقم (١) . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٨٠ ، ص ١١٠ .

الفصل الثالث

اقسام القانون وفروعه

٢٨ - تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعنينا منها الاشارة الى تقسيمين اثنين: الأول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص، والثانى هو تقسيم القانون الى قانون موضوعى وقانون شكلى .

ويقوم هذا التقسيم الأخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعى يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التى يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقوق والواجبات المختلفة . بينما يقتصر القانون الشكلى على بيان الاجراءات الكفيلة باعمال القانون الموضوعى وتطبيقه . فقانون المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلى ، لأنه يبين الاجراءات الواجب اتباعها فى سبيل الحصول على ما يقرره القانون المدنى والقانون التجارى — وهما قانونان موضوعيان — من حقوق .

ولكن التقسيم الأول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسى للقانون «[1]» . وهو تقسيم تقليدى لا يزال مستقرا ومسلما فى الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، اذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة فى المعاملة بين الدولة

---

(١) ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه الى موضوعى وشكلى أو اجرائى ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما تاليا وتابعا له ، اذ القانون الموضوعى وحده هو الذى ينقسم الى عام وخاص عندهم ، أما القانون الشكلى فلا يعتبر من القانون العام أو القانون الخاص لأنه انما يضع اجراءات لخدمة القانون الموضوعى أيا كان نوعه عاما أم خاصا أم غير ذلك . « أنظر : احمد مسلم ، المنطق والواقع فى التنظيم الوضعى للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٧٩ ، هامش رقم (١) » .

صاحبة السلطان فى الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان .

وسوف نقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسى للقانون ، فنعرض لمبدأ هذا التقسيم وللفروع التى تندرج تحت كل من قسميه .

المبحث الأول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص *

٢٩ — تاريخ التفرقة ((١))

تعتبر التفرقة بين القانون العام (Le droit public) والقانون الخاص (Le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة . فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التى تترك الحرية للأفراد فى سبيل تحقيقها تأكيدا للنزعة الفردية التى كانت سائدة حينئذ .

* المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé; Revue du drtoit public et de la science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Receuils d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136-142. — Riezler, Obliteration des frontières entre le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117-136. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 131-138. — Duguit, op. cit., t. I, Nos. 64-66. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 166-172. — Marty et Raynud, op. cit., Nos. 39-41. — Mazeaud, op. cit., Nos. 23-25. — Roguin, La science juridique pure, 1923, t. III, Nos. 801-855. — Roubier, op. cit., No. 29, pp. 243-254. — Scelle, Le droit public et la théorie de l'Etat, dans l'ouvrage collectif : « Introduction à l'étude du droit », t. I, pp. 23-28.

سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ص ١٠ — ١٦ .

(١) راجع فى ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 41, pp. 61, 62. — Roubier, op. cit., pp. 251 - 254. — Chevrier, Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinciton du « Jus privatum » et du « Jus publicum » dans les œuvres des anciens Juristes français, Archives et Philosophie du droit, nouvelle série, 1952, pp. 5-77.

ولكن مثل هذه التفرقــة لم تلبث أن اختلطت وانطمست معالمها فى العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيهــا وحدها السيادة المطلقــة فى الجماعــة ، اذ ظهرت فى هذه العصور هيئــات وطوائف مختلفــة ذات طبيعة مختلطة ــ كالطوائف المهنية ــ تتوسط بين الفرد والدولة ، وتستأثر ببعض السلطان الذى تخضع له الفرد .

غير أن انتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية فى مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح اعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص فى صورة واضحة المعالم .

ولكن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضى ؛ وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولــة فى مختلف شئون النشاط فى الجماعة ، قد أوجد اختلاطا وتداخلا كبيرا بين نشــاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهــاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص فى طريقهــا الى الزوال ، وأن العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص «١» .

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا «٢» . فلا يعنى ازدياد تدخل الدولة فى شئون النشاط الفردى ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعــد آمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الأفراد ، أن مثل هذه القواعد تدخل فى نطاق القانون العام ، اذ العبرة فى هذا الشــأن تكون بطبيعــة

---

(١) Savatier, Du droit civil au droit public, 1945. — Ripert, Le déclin du droit, 1949, notamment, chapitre II, pp. 37-66. — Josserand, La publicisation du contrat, Etudes Lambert, t. III § 145, pp. 142-158. — Dor, Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique, Etudes Lambert, t. III, § 147, p. 166-185. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 390 - 393.

(٢) راجع فى ذلك :

Eisenmann, article précité, Nos. 9 - 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 251 - 252. — Marty et Raynaud, op. cit. pp. 62, 63. — Mazeaud, op. cit., No. 25. — Henri Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.

ما تعرض له هذه القواعد من موضوعـات لا بالصفة الآمرة أو المكملة لمثل هذه القواعد • فقواعد القانون الخاص التى تتحدد صفتها الخاصـة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلايقلبها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد آمرة •

ولذلك فان مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مايزال معتبرا الى اليوم مبدأ مسلما فى الفقة الحديث ، رغم الظن الذى يذهب اليه هؤلاء الفقهاء ، ورغم الانكار الذى يتعرض له مثل هذا المبدأ من جانب بعض آخر من الفقهاء ــ كالفقيـه الفرنسى « ديجى » ــ نتيجـة ما يذهب اليه من انكار فكرة السيادة ووجود الدولة كشخص معنوى«[1]» ؛ ورغم الصفة الافتراضية أو الاصطناعية التى ينسبها الى مبدأ هذه التفرقة فـريق آخر من الفقهـاء ، مستنـدين الى أن ثمة قـوانين ــ كالقوانين الانجلوسكسونية ــ لا تعرف هذه التفرقة ، وأنه يستعصي معها وضع بعض فروع القانون فى هذا القسم أو ذاك على حدة «[2]» •

٣٠ ــ معيار التفرقة

اذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص مازالت الى اليوم مسلمة ومستقرة فى الفقه الحديث ، الا أن الوقوف على معيارها ليس بالأمر الهين حيث لايزال اختلاف الفقهاء كبيرا فى هذا الشأن • ولن نعرض لكل المعايير المقترحة فىهذا الشأن، وانما سوف نقتصر على الأساسى منها، فنستعرضها ونناقشها فيما يلى لننتهى الى المعيار الذى نرى الأخذ به•

ولعل المعيار التقليدى لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيمها على أساس الأشخاص أطراف العلاقات القانونية • فحيث يتعلق الأمر بالدولة وعلاقاتها بالأفراد أو بالدول الأخرى ، نوجد بصدد القانون العام• وحيث يتعلق الأمر

---

(١) Duguit, op. cit., § 64, pp. 680 - 694.

(٢) Morellet, article précité, pp. 138 - 141.

بالفرد وعلاقاته بغيره من الأفراد ، توجد بصدد القانون الخاص «(١)» •

ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا فى ظاهره وفى النتائج التى تتفرع عليه فى أكثر الفروض ، الا أن من العسير اعتباره صحيحا على اطلاقه • ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل فى علاقات مع الأفراد ، لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة فى الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنوى عادى كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ؛ وحينئذ لا يتأتى منطقا اخضاع مثل هذه العلاقات لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون الخاص • فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة ـ لا الأموال العامة ـ وتعقد عقودا فى سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عادى لا كشخص عام يمثل السيادة فى المجتمع ؛ ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الأفراد «(٢)» • ومن هنا يبدو عدم امكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص •

من أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة، فأقامها على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون آمر، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة • وبذلك يصبح الخضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص «(٣)» • فبينما تكون الوسيلة النموذجية فى القانون العام هى القرار التنفيذى الذى يعبر عن الجبر والقهر ، تكون فى القانون الخاص هى العقد الذى يعبر عن الرضا والاختيار «(٤)» •

---

(١) Montesquieu, De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, Livre, 1, chapitre, III, p. 9.

(٢) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 59. - Du Pasquier, op. cit., No. 166

(٣) انظر فى هذا المعنى :
Savatier, op. cit., pp. 5 - 9.

(٤) Rivero, Dalloz, 1946, chronique, p. 59, cité par Eisenmann, article pré- précité, p. 922.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لايعتبر صالحا من كل الوجوه . فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة واخضاع للفرد وانكار لحرية الارادة والاختيار ، فثمة قواعد ـ كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية ـ لايمكن أخذها على هذا الأساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص «[١]» . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضا وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الآمرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وهى قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص فى العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك ـ كما سبق البيان ـ من قواعد القانون العام «[٢]» .

وثمة معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين ـ وهو نفس المعيار الذى كان معروفا عند الرومان «[٣]» ـ يتلخص فى ارجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التى يهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهى حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فان القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فان تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذاته تحقيق بعض المصالح الخاصة . وكذلك فلئن كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لايتصور ـ والقانون يتصدى لتنظيم الحياة

(١) Eisenmann, article précité, pp. 928 - 929.

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247.

(٣) Roubier, op. cit., No. 29, p. 248. — Du Pasquier, op. cit. No. 167

الاجتماعية — أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة للجماعة «(١)» .

ولذلك ، فالزواج مثلا — وهو من أنظمة القانون الخاص — اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية الا أنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر فى طليعة المصالح العامة للجماعة «(٢)» .

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر — يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدى الأول — هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذى يحكم العلاقات التى تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفرادا «(٣)» .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لايسلم كذلك من النقد «(٤)» . ولكنه على أى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، اذ هو يخفى وراءه المعيار الذى نراه حقيقا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها

---

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid. — Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Du Pasquier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126-130. — Eisemann, article précité, pp. 934-936.

(٢) ذهب بعض الفقهاء — لتفادى هذا الانتقاد — الى اعتبار أن القانون العام هو الذى يغلب فيه تحقيق الصالح العام ، وأن القانون الخاص هو الذى يغلب فيه تحقيق الصالح الخاص . ولكن ذلك يجرد هذا المعيار من كل ضبط أو تحديد . (أنظر : Marty et Raynaud, op. cit., p. 63.)

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

Riezler, article précité, p. 131. — Eisenmann, article précité, pp. 963, 964.

(٤) اذ يقال ان الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون فى تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم — كما هو مسلم — قواعد القانون العام ، رغم انهم لايقومون فى الواقع باستعمال حقيقى لحق السيادة . (أنظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250)

انما تتفرع عادة على هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول ان القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة ، أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها ، أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص «[١]» .

٣١ — اهمية التفرقة [٢]

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة فى الفقه ، فان أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هى عملية كذلك .

فالقانون العام — وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة — يزود السلطات العامة فى الجماعة بمكنات لايخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلا اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل فى اختصاص وظيفتها ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وكذلك فان الأموال العامة التى تتملكها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة للمنفعة العامة ، يخضعها القانون العام لنظام خاص مستقل عن النظام العادى للملكية المقرر فى القانون الخاص ، والذى تخضع له الأشياء التى يتملكها الأفراد ، بل وكذلك الأشياء التى تتملكها الدولة ملكية خاصة لعدم تخصيصها للمنفعة العامة . فلا يجوز طبقا لهذا النظام الخاص ، التصرف فى الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

وقرب من ذلك :

De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 132.

(٢) راجع فى ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، ١٩٥٢ ، ص ٧ .

(م ٢/٨٧ مدنى) ، وذلك ضمانا للمنفعة العامة المرصودة هذه الأموال على تحقيقها .

وكذلك فان مسئولية الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ومسئولية الموظفين فيها ، تقرر على أسس وقواعد خاصة مختلفة عن القواعد العامة المقررة فى القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التى تحكم علاقة رب العمل بموظفيه وعماله ، اذ فى الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة فى علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وأنهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لايحتمل التوقف أو التعطل .

وتخضع العقود التى تعقدها الادارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود فى القانون الخاص ، فقد يثبت للادارة منفردة الحق فى الغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير فى تنفيذه .

ولذلك فان الحاجة تدعو ـ أمام اختلاف الأنظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص ـ الى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وخاصة تلك المتصلة بنشاط الادارة . وهذا هو الحال فى القانون المصرى حيث توجد محاكم ادارية الى جوار المحاكم العادية .

٣٢ ـ مدى التفرقة

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ماتعرضت له من هجمات ، فان ذلك لايعطيها صفة مطلقة أو جامدة ،

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض . ولذلك كانت مجهولة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكى . وهى فى العصر الحاضر ، ان كانت معروفة ومسلمة فى أغلب القوانين ، الا أنها تكاد تكون مجهولة فى القوانين الأنجلوسكسونية «١» .

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، اذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه الفروع المختلطة للقانون ليس فيه ما يطعن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . واذا كان الفقه يجرى عادة على ادراج هذه الفروع المختلطة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم انتمائها الى القانونين فى آن واحد ، فما ذلك الا اعتبارا بالغرض الأساسى منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعى أخيرا ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لايعنى أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود ، بل هى تفرقة مرنة تخضع فى الزمان والمكان لما يعتبر وما لايعتبر من حق السيادة فى الجماعة «٢» .

المبحث الثانى

فروع القانون العام

٣٣ — تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين : القانون

(١) Morellet, article précité, pp. 140, 141.

(٢) De La Morandière, Introduction à l'étude du droit civil franais, L'ouvrage collectif précité, t. I, p. 186.

العام الخارجي (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلي (Le droit public interne) . واذا كان القانون العام الخارجي ، وهو المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، مشكوكا فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلى ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

المطلب الأول

القانون العام الخارجى

٣٤ — مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل

قلنا ان القانون العام الخارجى هو المعروف باسم القانون الدولى العام » (Le droit international public) . ويقصد به الدلالة على مجموع القواعد القانونية التى تحكم علاقات الدول بعضها ببعض فى الحرب والسلم على السواء .

والقانون الدولى العام منازع فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح كما سلفت الاشارة الى ذلك ، على أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ، وتخلف الجزاء الجبرى عند مخالفة قواعده »[1] .

ونظرتنا الى هذا القانون — كما سبق البيان — أنه قانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل .

---

(١) انظر فى عرض هذا الرأى المنسوب خاصة الى الفقيه الانجليزى أوستن (Austin) :

Friendmann, Legal theory, 1944, pp. 137 - 139. — Gray, The nature and sources of the law, 1948, pp. 130, 131.

ولكننا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود هيئة تشريعيـة عليا تملك التشريع فى المحيط الدولى كما يذهب البعض • فالتشريع ليس الا مجرد مصدر من بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، فتخلفه لا يفيد عدم قيام القانون • ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولى أن يلزم الدول بالقواعـد القـانونيـة فى شأن علاقاتها بعضهـا ببعض •

ولكننا نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولى العام على الواقع المسلم من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعى ، وهو شرط جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل كما سبق البيان • فلا توجد بعد فى المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلـة الأفراد من الحكومات فيكون لها من القوى المادية القاهرة ومن السلطان على الدول جميعـا ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولـة تخرق قواعد القـانون الدولى العـام • فالى حين وجود سيادة عالمية موحدة تعلو السيادات الوطنيـة المتعددة وتملك عليها حق الأمر والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية وضعية كاملـة أى قواعد مطبقة فعلا فى المحيط الدولى ، لأنها ليست بعد بالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفـة عنها دون أن تجد اجبارا جماعيا يحملها على احترام أحكامها • فهى قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى «[١]» •

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالميـة لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالزام الجبرى لقواعد القـانون الدولى العـام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الآن • ولا يبدو أن الأمل قريب فى ايجاد

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Del Vecchio, *op. cit.*, pp. 300, 301. — Dabin, *op. cit.*, No. 38. — Gray, pp. 131, 132.

محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٦٤ و ٦٥ • — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ ، ص ٦٣ • — محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠ ، ص ١٩٩ •

مثل هذه الهيئة . ولذلك فأكبر الظن ـ الى حين يتيسر انشاؤها ـ أن سيظل الأمر بين الدول خاضعا للاقتصاص الفردى ولمنطق القـوة ، كما كانت الحال فى القانون الداخلى بين الأفراد قبل أن تتركز السلطة فى يد الدولة .

ومثل هذا الاقتصاص بين الدول عن طريق استقلال كل منهـا بتوقيع عقوبات اقتصادية أو ثقافية أو سياسيـة ، أو حتى عن طريق شن الحروب ، لايمكن اعتباره ـ كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء «١» ـ من قبيل الاجبار القانونى بالمعنى الصحيح . فلقد رأينا أن الاجبار القانونى لايوجد الا حيث يتوافر له تنظيم جماعى معين عن طريق انشاء جهاز خاص للاجبار تشرعه السلطـة العامة الموكلـة به فى وجه المخالفين عن أحكام القانون باسم الجماعة ولحسابها «٢» .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

٣٥ ـ تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف الموضوعات التى يعرض لها ، هى القانون الدستورى ، والقانون الادارى، والقـانون المـالى ، والقانون الجنائى . فنعرض فيمـا يلى بايجاز لهذه الفروع المتعددة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٢٦ و ٢٢٧ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٣١، ص ٣٩ .

(٢) Dabin, ibid.

٣٦ ــ القانون الدستورى

نجد القانون الدستورى (Le droit constitutionnel) فى الطليعة من فروع القانون العام الداخلى ، فهو مجموع القواعد التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ماللأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستورى من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالزام الواجبة لكل قواعد القانون . اذ لايتصور فيما يقولون ــ والدولة هى التى تملك وتحتكر سلطان الجزاء والاجبار ــ أن تشرعه فى وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك القانون «[١]» . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبى أو أخلاقى محض لا يجد جزاء على خرقه الا مجرد جزاء أدبى أو أخلاقى كذلك «[٢]» .

وهذا النظر ــ كما رأينا من قبل ــ نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستورى من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجباو فى فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستورى يفترض وجود سلطات مختلفة فى الجماعة ؛ ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من احداها ، فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا فى صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات ، فيكون للسلطة التنفيذية

---

(١) انظر فى الاشارة الى هذه الحجة :
Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) انظر فى هذا المعنى قول « اوستن » : « لا يعدو القانون الدستورى بالنسبة الى الحاكم أن يكون مجرد قواعد آداب مرعية تحميها جزاءات أدبية بحتة ... فقيام الحاكم بعمل مخالف للقانون الدستورى يجيز نعت هذا العمل بانه غير دستورى ، ولكنه لايكون مخالفا للقانون بالمعنى الصحيح ، ومن ثم لايجوز نعته بانه غير قانونى » . (راجع فى ايراد هذا القول ، سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ٩) .

مثلا حق حل المجلس التشريعى ؛ ويكون للمجلس التشريعى حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ؛ ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو للدستور ، أو على الأقل حق الامتناع عن تطبيقها . فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستورى بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل فى الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، وانما الدولة هى « دولة القانون » تلتزمه وتتقيد بأحكامه «١» . ولذلك فان الاجبار متصور فى حق السلطات العامة التى تخرق القانون «٢» . فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ؛ وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية ـ طبقا لوظيفتها ـ بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها .

ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأى ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستورى .

٣٧ ـ القانون الادارى .

يقصد بالقانون الادارى (Le droit administratif) ، مجموع القواعد التى تحكم نشاط السلطة التنفيذية فى أداء وظيفتها وقيامها على أمر المرافق العامة .

وضمانا لحقوق الأفراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو

---

(١) انظر ما تقدم ، ص ٥٠ و ٥١ من هذا الكتاب .

(٢) Del Vecchio, op. cit. p. 299.

الادارة بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، يكون للقضاء حق الرقابة على الأعمال والأوامر الادارية ، والغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها بحسب الأحوال .

وقد كان للمحاكم العادية فى مصر حق الرقابة على الأعمال والأوامر الادارية ، ولكن فى نطاق جد محدود ، اذ لم تكن تملك — فى حال مخالفتها للقانون أو اصدارها بقصد الانحراف والتعسف فى استعمال السلطة — الا مجرد التعويض عما تسببه للأفراد من أضرار ، فقد كانت ممنوعة منعا باتا من تأويلها أو الغائها أو وقف تنفيذها . وقد كانت الحكمة من ذلك ضمان احترام مبدأ فصل السلطات ، بمنع السلطة القضائية العادية من التدخل فى أعمال السلطة التنفيذية ، وتمكين السلطة التنفيذية من أداء وظيفتها فى حرية واستقلال .

ثم تمكن المشرع المصرى فى سنة ١٩٤٦ من انشاء مجلس الدولة اتباعا لما تأخذ به كثير من الدول الحديثة . وهذا المجلس يتألف من أقسام ثلاثة : قسم الرأى ، وقسم التشريع ، وقسم القضاء الذى يضم ما يعرف باسم «المحاكم الادارية» . وقد نهضت هذه المحاكم على حداثة نشأتها بواجبها فى رقابة الأعمال والأوامر الادارية على وجه يكفل حقوق الأفراد ويضمن قيام السلطة التنفيذية والادارية بأداء وظيفتها فى حدود القانون دون تعسف أو انحراف . وسوف ترد الاشارة فيما بعد الى ما لهذه المحاكم من فضل كبير فى تقرير حقها فى رقابة دستورية القوانين . وقد أعان هذه المحاكم على النجاح فى خلق قضاء ادارى متين ، ما أعطى لها من سلطة واسعة فى رقابة الأعمال والأوامر الادارية بما يضمن موافقتها القانون وتحقيقها الصالح العام ، فهى تملك فى سبيل ذلك حق الحكم بالغاء تلك الأعمال والأوامر أو وقف تنفيذها .

٣٨ — القانون المالى

كان يعتبر داخلا فى نطاق القانون الادارى الى قريب ما يسمى

بالقانون المالى (Le droit financier) ، على اعتبار أنه يتضمن القــواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه انفاقها ، وبيان ايراداتهــا ومصادر هذه الايرادات المختلفة • ولكن القانون المالى استقل اليوم عن القانون الادارى وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القــانون العام الداخلى •

٣٩ ـ القانون الجنائى

ويدخل كذلك فى نطاق القــانون العام الــداخلى ، القانون الجنائى (Le droit criminel) • وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

(أ) قانون العقوبات (Le droit pénal) : وهو يتضمن قــواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسئولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منهــا • وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعى ، فليس للعرف فى فرضها أدنى نصيب•

واذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلى «[١]» ، الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانونا مختلطا يدخل ـ فى نفس الوقت ـ فى نطــاق القانون العــام والقــانون الخاص على السواء «[٢]» • اذ يرون أن قانون العقــوبات ، اذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذا الوجه من فروع القانون العام ، الا أنه فى أغلب قواعده انما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصــة • فضلا عن أن اعمال قواعد هذا القــانون

---

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I. 3e éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres. — Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., No. 2. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 150.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١ . ـ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ . ـ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥

(٢) Roubier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 45, p. 70.

بالمطالبة بالعقاب ليس وقفا على السلطة العامة فى الجماعة وحدها ، بل أن للأفراد كذلك فى بعض الحالات الحق فى هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية . وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه فى نطاق القانون الخاص . وهو ما يبرر اعتباره فى مجموعه قانونا مختلطا .

ولكن هذا الرأى محل نظر . فيراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشىء عنهـا واقعا مباشرة على الأفراد أنفسهم أو على حقوقهم ومصالحهم الخاصـة ، انما نعتبر موجهـة ضد الجماعة كلها اذ هى اخلال خطير بالأمن والطمأنينة فيها . ومن أجل ذلك كانت السلطـة العامة فى الجماعة هى المستقلة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم للمطالبة بعقابه . فلا يملك المجنى عليه ــ الا فى أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها فى هذا الشأن ــ رفع هذه الدعوى أو التنازل عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالصفح عنه ، اذ الدعوى العمومية والعقاب انما هما حق المجتمع لا حق المجنى عليه «[1]» .

(٢) قانون الاجراءات الجنائية (٢) (Droit d'instruction criminelie) :

وهو يتضمن قواعد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها ، واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو اذن قانون شكلى أو اجرائى يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعى أى قانون العقوبات .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, ibid. — Garraud, ibid.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، الموضع السابق ــ محمود جمال الدين زكى ، الموضع السابق .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار هذا القانون قانونا مختلطا تفريعا على ما يرونه فى هذا الشأن خاصا بكل قوانين الاجراءات (Roubier, op. cit., p. 264) . بينما يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون باعتباره قانونا شكليا لا يدخل فى نطاق القانون العام ولا فى نطاق القانون الخاص (**احمد مسلم ، المقال السابق ، ص ٧٩ ، هامش رقم «١»**) .

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص

٤٠ — تعريف وتمهيد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التى تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفرادا ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التى لاتتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة فى الجماعة . فالدولة حين تدخل فى علاقات بصفتها شخصا معنويا عاديا لابصفتها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدنى هو أساس القانون الخاص . غير أن ثمة فروعا أخرى تفرعت عليه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة الى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدنى ، نظرا لاتصالها بمهنة أو لنشاط معين ، كالقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل . والى جنب هذه الفروع يوجد فرع آخر من فروع القانون الخاص هو القانون الدولى الخاص ، وقد دعت الحاجة الى ظهوره لبيان القانون الواجب التطبيق فى شأن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى ، وتحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية بالنسبة لهذا النوع من العلاقات . هذا فضلا عن وجود فرع آخر هو قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو قانون شكلى أو اجرائى .

٤١ — القانون المدنى

دعامة القانون الخاص هو القانون المدنى (Le droit civil) ، اذ هو الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد فى فروع القانون الخاص الأخرى — غير القانون الدولى الخاص وقانون المرافعات المدنية والتجارية — قواعد بشأن العلاقات التى

تحكمهـا • فضلا عن أنه يتوجه الى جميع الأفراد دون استثناء ، اذ هو يتوجه اليهم بصفتهم أفرادا دون نظر الى اختـلاف طـوائفهم ومهنهم على خلاف الفروع الأخرى للقـانون الخاص • فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية • ويراعى أن التقنين المدنى المصرى لا يتضمن الا قواعد المعاملات أو الأحوال العينيـة ، اذ ما زالت الأحوال الشخصية خاضعة فى مصر كمبدأ عام للدين كما سيرد البيان •

٤٢ ـ القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى (Le droit commercial) ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقـة بأعمال تجارية •

وقد دعا الى ظهور القـانون التجـارى ـ كفرع مستقل من فروع القانون الخاص ـ ازدياد التجارة وانتشارها والحاجـة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة فى القـانون المـدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعـاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان • ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الأخير معتبرا هو الأصل والأول هو الفرع ؛ فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصـة ببعض العلاقات التجارية ، ترتد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة •

ومن أمثلـة قـواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن • وهذه القاعدة التى تمليها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف ما يقرره القانون المدنى من قاعدة عامـة فى الاثبات بالكتابة

فى شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهـات أو التى تكون غير محددة القيمة (م ٤٠٠/١ مدنى) •

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها الى كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافتراض التضامن بين المدينين افتراضا لايحتـاج الأمر معه الى اتفـاق أو نص فى القانون عليه • فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقيله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبـة • وهذه القاعدة التى تمليها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه فى المعاملات التجارية ، ترد على خلاف الأصل المقرر فى القانون المدنى من أن «التضامن بين المدينين لا يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون» (م ٢٧٩ مدنى) •

واذا كان القـانون التجارى مسلما اعتبـاره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهـاء الحديثين رغم ذلك الى اعتباره قانونا مختلطا ، على أساس أن بعض قواعده — الى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص — تتصل بالقانون العام ، كتلك التى تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية والجمارك «(١)» • ولكن مثل هذا الرأى يغفل أن هذه القواعد انما تدور كلها حول النشاط التجارى الخاص للأشخاص ، فضلا عن أنها تندرج فى الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءا حقيقيا من القانون التجارى رغم تعلقها بالتجارة •

٤٣ — القانون البحرى

يقصـد بالقـانون البحرى (Le droit maritime) مجموع القواعد

---

(1) Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 67. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 256.

القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية • فيعرض للسفينة وما يرد عليهـا من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة ، ولمسئولية مالك السفينة، وللائتمان البحرى من رهن وامتيـاز ، وللنقل البحرى ومايتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحرى •

وموضوعات هذا القـانون ، تجعله — كما هو واضح — فرعا من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء • ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر اليه كقـانون مختلط ، باعتبـار أن ثمة أنظمـة وقواعد خاصة بالملاحـة تتصل بالقـانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن ، وتنظيم الموانى والارشـاد فيها ، وحرية الملاحة البحرية وسلامتها «[١]» • ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد، ان كانت تمس الملاحة البحرية ، فهى أدخل فى نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الادارى والقانون الدولى العام ، منها فى نطاق القانون البحرى •

٤٤ — قانون العمل

يقصد بقانون العمل (droit du travail) ، مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال ، وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا • فقد خلقت الثورة الصناعية ، التى حدثت فى العالم عقب استعمال الآلات الحديثة ، طبقة جديدة فى المجتمع هى طبقة العمال ، وكان المذهب السائد حينئذ هو المذهب الفردى بما يستتبع من مبدأ سلطان الارادة • وسنرى من بعد ما جره اتباع مثل هذا المذهب وذلك المبدأ من تحكم الأقوياء فى الضعفاء واستغلال أرباب الأعمـال للعمال باسم الحرية والمساواة فى التعاقد والاتفاق • ولم يكن بد أمام مابدا من هذا التحكم ، وأمام ماأخذ يظهر ويكبر من قوة العمال وخطر مايملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ؛ لم يكن بد من أن يكتب النجـاح للمذهب

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68

الاجتماعى أو الاشتراكى ، أو بوجه عام للمذاهب التى تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان الارادة سلاحا فى يد أرباب الأعمال يشهرونه فى وجه العمال نظرا لما يملكون من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من املاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا فى التصدى لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق الطبقة العاملة . وانتهى الأمر الى ظهـــور قانون العمل وتمتعـــه بكيان مستقل كفرع من فروع القانون «[1]» .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل فى مطلع القرن الحالى عندما ابتدأ ظهور الصناعة فيها . ثم أتيح لحركة التشريع العمالى أن تنشط قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية وأثناءها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمـــال . فصدرت قوانين خاصة بتنظيم تشغيل الأحداث والنساء فى الصناعة ، وتحديد ساعات العمل ، وتنظيم نقابات العمـــال ، والتعويض عن اصابات العمل والتأمين الاجبارى ضدها . وظلت هذه الحركة التشريعيـــة موصـــولة مطردة فى العشر سنين الأخيرة ، فتناولت بالتنظيم عقد العمل الفردى وعقد العمل المشترك ، والتوفيق والتحكيم ، والضمان الاجتماعى .

---

(١) اذا كان تدخل الدولة بقواعد آمرة فى علاقات العمل قد أخذ بكثرة كثرة ملحوظة فى الوقت الحالى ، فلا يجب أن يستخلص من هذه الظـاهرة — كما سبق البيان — أن قانون العمل يتحول لذلك الى فرع من فروع القانون العام . ولا يجب كذلك القول بأنه قانون مختلط كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء، استنادا الى أن بعض النظم التى تمس العمل تتعلق بالقانون العام مثل نظام التحكيم فى منازعات العمل ونظام التفتيش على اماكن العمل لمراعاة تنفيذ أحكام القانون فيها .

(انظر فى هذا المعنى : (Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 69. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 257).

ذلك أن هذه النظم تعتبر أدخل فى نطاق القانون الادارى منها فى نطاق قانون العمل، فضلا عن أن هذه النظم انما تدور كلها حول المحور الأساسى لقانون العمل ، وهو العلاقة بين العمال وأرباب الاعمال وهى علاقة خاصة يحكمها القانون الخاص .

٤٥ — القانون الدولي الخاص

الأساس فى القانون الدولى الخاص (Le droit international privé) أنه يتصدي لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات فى العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ولتحديد القـانون الـواجب التطبيق فى شأنها •

فالقانون الدولي الخـاص اذن يفترض وجود علاقـات أو روابط قانونية ذات عنصر أجنبى • ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية فى كل عناصرها لا تثير أى خلاف حـول الاختصـاص القضـائى والاختصـاص التشريعى فى شأنها ؛ فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطنى وحده بقواعده الموضوعية والشكلية • وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هى المختصة ويكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى شأن زواج يعقد فى مصر بين مصريين ، وفى شأن بيع يعقد بين مصريين فى مصر ويكون واردا على عقار موجود فى مصر ، وفى شأن ميراث مصرى يتـوفى فى مصر عن أموال موجودة فيها •

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التى يصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبيـة على الولاية القضـائية فى المنـازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطنى والقانون أو القوانين الأجنبيـة على أيها أحق بالتطبيق فى شأنها •

فاذا تم زواج فى ايطاليا مثلا بين مصرى ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هى المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الايطاليـة هى المختصة باعتبارها محاكم الدولة التى تم فيها عقد الزواج ؟ ، واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فأى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصرى باعتباره قانون جنسيـة أطراف

العلاقة ؟ ، أم تطبق القانون الايطالي باعتباره قانون التصرف المنشىء لهذه العلاقة ؟ .

واذا باع ألمانى مصريا عقارا موجودا فى ايطاليا وتم عقد البيع فى مصر ، وثار نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلأى من المحاكم : المصرية أو الألمانيــة أو الايطاليــة ، يثبت الاختصــاص بنظره ؟ . واذا ثبت الاختصاص لاحداها ، فأى قانون تطبق ؟ . القانون الايطالى باعتباره قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ . أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشترى وقانون التصرف المنشىء لهذه العلاقة أى قانون الدولة التى عقد فيها عقد البيع ؟ . أم القانون الألمانى باعتباره قانون جنسية الطرف الآخر فى العلاقة وهو البائع ؟ .

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضــائى والاختصــاص التشريعى بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر الأجنبى ؟ .

لا توجد فى الواقع قواعد دولية أى عالميــة تتصدى لحل مثل هذا التنازع حلا موحدا تتبعه كل الدول . وانما جرى الأمر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التى تراها كفيلة بحل هذا التنازع ؛ وهذه القواعد هى التى تكون أساسا ما يعرف باسم « القانون الدولى الخاص » . وغنى عن البيان أن فى وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجوزا كبيرا ؛ فليست هى بالقواعد المتبعة على شكل موحد فى كل الدول حتى يصدق فى شأنها هذا الوصف ، بل هى مجرد قواعد وطنيــة تستقل كل دولــة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونهــا الدولى الخــاص المختلف عن القانون الدولى الخاص فى أى دولة أخرى ، فهناك القانون الدولى الخاص المصرى ، والقانون الدولى الخاص الانجليزى والفرنسى وهكذا .

وقواعد القانون الدولى الخاص فى دولة ما ، انما تقتصر — فى سبيل حل التنازع على الاختصاص القضائى بالمنازعات ذات العنصر الأجنبى —

على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية فى هذا الشأن ، أى تقتصر على مجرد بيان ما اذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك — فى حال عدم اختصاصها — الى تعيين المحكمة أو المحاكم الأجنبية المختصة •

ويختلف الأمر عن ذلك فى صدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، اذ تعمد قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة الى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكتفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطنى فى هذا الشأن ، بل تعين — فى حالة عدم ولايته — القانون الأجنبى الواجب التطبيق •

ويطلق على قواعد القانون الدولى الخاص التى تتصدى لحل التنازع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الاسناد » (Règles de Rattachement) • وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهى لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى حلا موضوعيا ، وانما تقتصر على مجرد الاحالة والاسناد فى شأن هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها • أى أن قواعد القانون الدولى الخاص اذن لا تفصل مباشرة فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، بل تكتفى بتعيين القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وهو الذى يتضمن وحده الحل الذى ينحسم به موضوعها • فمثلا اذا توفى أمريكى متوطن فى مصر ، وعينت قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أو قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن بأنه القانون الامريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركه الأمريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الأمريكى الموضوعية المتعلقة بالميراث والوصية •

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدنى الجديد من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى

قانون كل من الزوجين » ؛ وما تنص عليه المادة ١٥ من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » ؛ وما تنص عليه المادة ١٦ من أن « يسري على المسائل الموضوعيـة الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته » ؛ وماتنص عليه المادة ١/١٧ من أنه «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » •

ولئن كان القانون الدولى الخاص يشتمل أساسا على موضوعى « تنازع الاختصـاص القضائى » و « تنازع القوانين » ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل فى نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « وحالة الأجانب » و « الموطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الاضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين • فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة فى عنصرها الشخصى وطنية أو أجنبية • ولابد من تعرف مدى ما يباح للأجانب التمتع به من حقوق — اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون — لامكان الحكم لهم بها فى المنازعات التى يكونون أحد أطرافها ، وهى التى تتصدى قواعد القانون الدولى الخاص لحل التنـازع على الاختصـاص القضـائى والتشريعى بشأنها • وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصـاص القضائى أو التشريعى •

وتتفق القواعد القانونية التى تحكم هذه الموضوعات الاضافية مع القواعد التى تحكم الموضوعين الأساسيين فى أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد •

ولعل كون الأساس فى قواعد القانون الدولى الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبى تتصدى لحل التنازع بين القوانين على

حكمها ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعا من فروع القانون الخاص «[١]» ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائى وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الأجانب فى الدولة تتصل اتصالا وثيقا بحق السيادة فى الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام «[٢]» .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولى الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلا عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء ، قد يرجح النظر الحديث اليه باعتباره قانونا مختلطا «[٣]» .

٤٦ ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية (Le droit de procédure civile et commerciale) — فى معناه الواسع ـ مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ، والمبينة للاجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ولكن اذا أخذ هذا القانون

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, No. 22.

(٢) بل ويذهب بعض الفقهاء ـ فضلا عن ذلك ـ الى اعتبار مشكلة « التنازع بين القوانين » مشكلة تتعلق بالقانون العام لأنها فى حقيقتها مشكلة تحديد مدى السيادة التشريعية للدولة ، مما ينتهى بهم الى اعتبار القانون الدولى الخاص برمته وفى كل قواعده فرعا من فروع القانون العام (انظر : Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos.37--45).

(٣) فى هذا المعنى :

Lerebours - Pigeonnière, précis de droit international privé, 4e éd., No. 46. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ . ـ محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

بمعناه الخاص أو الضيق ، فان نطاقه يقتصر على مسائل الاجراءات وحدها ؛ وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجـوده لاعمال قواعـد القانون المدنى والتجارى الموضوعية .

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوحه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لأحد التقسيمين الرئيسيين ؛ فذهب كثير من الفقهـاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص «١» ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام «٢» .

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والتـرابط بحيث لا ينبغى الفصل بينها أو أخذ هذا القـانون بالمعنى الضيق وحده . ولذلك يبـدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو قانونا مختلطا «٣» ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطـة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها .

---

(١) [illegible] :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 7. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 65.

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ . ـ عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ . ـ محمـد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ . ـ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠١ .

(٢) انظر :

Riezler, article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde — Lacoste, op. cit., No. 151.

وقرب من ذلك :

Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., 1949, No. 9.

(٣) انظر فى هذا المعنى :

محمد العشماوى ، قواعد المرافعات فى القانونين الأهلى والمختلط ، الجزء الأول ١٩٢٨ ، فقرة ٩ . ـ أحمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٧ . ـ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ، ص ٩٣ .

القسم الاول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

٤٧ ـ تقسيم

عرضنا فى الباب التمهيدى للقانون كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الأفراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة. ونستهدف الآن التعرف على الأصول التى تحكم القاعدة القانونية وتهيمن عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو منشأها . وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية فى مرحلة تكوينها ثم فى مرحلة تطبيقها .

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

الفرع الأول ـ تكوين القاعدة القانونية .

الفرع الثانى ـ تطبيق القاعدة القانونية .

الفرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

مقدمة

٤٨ - تمهيد

تبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو فى صورة تكليف الى الأفراد تتوجه به سلطة تملك التكليف والأمر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة فى الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب • وتوجيه التكليف من سلطة مختصة آمرة، وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة، صفة الشرعية التى تجعل احترامها فى ذاتها فرضا على الأفراد ؟

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية الوضعية ؟ • ومن أين تأتيها صفة الشرعية التى تجعل احترامها فى ذاتها فرضا على الأفراد ؟ •

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافا بينا • فبعضهم شكليون لاينظرون الا الى الشكل الذى تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود فى صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التى اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالزام فى العمل • ولكن هذا النظر سطحى بحت يتلبث عند الشكل فلا يتشبث بالجوهر ، أى يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية • ومن هنا ينبغى التمييز - فى تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل • وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ أكدها فى مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسى « جينى » بتفرقتـه بين ما سمـاه « العلم » (La science) وما سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) • وهو ما ينتهى الى رد تكوين القاعدة القانونية الى نوعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى •

---

(١) المقصود بلفظ « السلطة » هنا المعنى العام الواسع : أى كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية ايا كانت هذه الجهة : فقد تكون هذه الجهة هى الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو الجماعة عن طريق العرف ، أو القدرة الالهية عن طريق الوحى وباسم الدين •

فنعرض أولا للمذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هذه المذاهب ، وهو ما ينتهى الى استبعادها ، والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا — على ضوء هذه التفرقة — نهج البحث فى هذا الفرع .

٤٩ — المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية (١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبصروا من القانون الا صفته الوضعية ، اذ رأوا ما يظهر فى الواقع من سلطة تأمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هى السلطة التى تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا ان القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان فى المجتمع . فالدولة فى هذا النظر اذن هى التى تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الأفراد جبرا باتباعه .

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحى. فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك اما بأمر يصدر منها صراحة فى صورة تشريع أو باقرار منها لأمر جرت به ارادة أخرى كارادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفالتها له بجزاء توقعه على من يخالفه . فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئا كامنا فى طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيمن عليها من مثل عليا ، ولكنها شىء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيئتها .

وقد ذهب هذا المذهب فى تصور القانون غير قليل من الفقهاء والفلاسفة على اختلاف يسير فى الجزئيات لاينتقص من اتفاقهم على مبدأ

---

(١) راجع فى ذلك :

Roubier, op. cit., No. 6, pp. 42-50. — Duguit, op. cit., t. I, § 9, pp. 100-105.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٩ — فقرة ٢٦ ؛ — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٨ — فقرة ١٨١ ؛ — محسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠ و ٢١ ؛ — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦ — فقرة ١٨ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥١ — فقرة ٥٥ ؛

رد القانون الى مشيئة الدولة .

(١) مذهب « هيجل » : كان الفيلسوف الألمانى هيجل (Hegel) — وهو صاحب مذهب تأليه الدولة وتعظيم سلطانها «١» على نحو تبعه فيه أغلب الفقهاء الألمان فيما بعد — يرى أن وجود الدولة أمر جوهرى لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلاشى الأفراد فى الدولة ويخضعون خضوعا تاما لها . فارادة الدولة هى التى يجب أن تسود ، لتحل النظام فى الجماعة محل الفوضى وتعترف للأفراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد . ولذلك يكون من العبث محاولة اقامة تقابل أو تعارض بين القانون وبين الدولة ، اذ القانون انما هو صنع الدولة وخلقها «٢» .

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته — عند هذا الفيلسوف — من صدوره عن الدولة، بحيث لا يتصور وجود قانون لايصدر عن ارادتها أو على الأقل لا يحظى باقرارها ، وبحيث لا يتصور أن يكون للأفراد حقوق الا تلك التى تقرها الدولة وتعترف لهم بها «٣» .

واذا كان القانون — على هذا النحو — هو ارادة الدولة فى الداخل ، فهو كذلك ارادتها فى الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى . فسيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ؛ اذ لا توجد ارادة أعلى من ارادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك . وحينئذ تعتبر الحرب هى وسيلة الدولة للاجبار القانونى اللازم لكفالة احترام القانون الذى تصنعه فى شأن علاقاتها مع الدول الأخرى «٤» .

(٢) مذهب «اوستن» : وكذلك كان الفقيه الانجليزى أوستن (Austin) لا يرى القانون الا وضعيا تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبرا على

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 51, p. 533

(٢) Roubier, op. cit., No. 6, p. 43

(٣) Roubier, ibid.

(٤) Roubier, op. cit., No. 6, p. 44

الأفراد لأنها هى وحدها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة . فجوهر القانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردفه بجزاء . ولذلك فالقانون لايقوم الا فى مجتمع سياسى يستند تنظيمه الى وجود طبقتين ، طبقة حاكمة لها حق الأمر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة فى المجتمع من أوامر وتكاليف . ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده «[١]» .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولى العام «[٢]» ، حيث لا يوجد فى مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الأمر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ماتأخذها جبرا باحترامه . وكذلك كان انكار أوستن لوضعية القانون الدستورى «[٣]» ؛ فالدولة ليست مقيدة بأى قيد قانونى يمنعها من مخالفته «[٤]» ، ولأنها ، وهى تملك سلطان الجزاء ، لا يتصور أن توقعه على نفسها .

(٣) مذهب « كلسن » «[٥]» : ولكن بعض الفقهاء ، مثل الفقيه النمساوى « كلسن » ، (Kelsen) ، لا يقنع برد القانون الى مشيئة الدولة وارادتها،

---

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive Law, fourth edition, 1873, vol. I, pp. 90-100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188

(٣) Austin, pp. 274 - 281

(٤) يراعى أن منطق «اوستن» فى هذا الصدد لا يخلو من تناقض . فكما يلاحظ استاذنا الدكتور حسن بغدادى ، « مادام أن القانون فى منطقه هو مشيئة الدولة ، فكل مخالفة منها لأحكامه تنطوى على مشيئة جديدة تعبر عن قاعدة مستحدثة تنسخ القاعدة التى خولفت . وبذلك تكون مخالفة الدولة لأحكام القانون أمرا مستحيل التصور ... » . (حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ ، هامش «١») .

(٥) راجع فى مذهب « كلسن » وما يتفرع عليه خاصة من مبدأ وحدة القانون والدولة :

Kelsen, théorie pure du droit, traduction française, Etre et Penser, 37e. cahier, Neuchâtel, 1953, pp. 154 - 163. — Kelsen, Aperçu d'une =

وانما يخلط خلطا تاما بين القانون والدولة فلا يرى فيهما الا شيئا واحدا . فالدولة عنده هى نفسها القانون ، اذ هى ليست شخصا معنويا ، ولكنها مجموعة من القواعد القانونية . وبذلك لايعود ثم تعارض أو تقابل — فى هذا النظر — بين القانون والدولة ، على خلاف الحال فى المذاهب التقليدية .

واذا كانت الدولة مجموعة القواعد القانونية فى الجماعة ، فان هذه القواعد ترد الى قاعدة أولية أساسية تكسب منها صفة الشرعية . فالقواعد القانونية اذن درجات بعضها فوق بعض ، تأخذ كل درجة صفتها القانونية من الدرجة التى تعلوها وهكذا حتى الدرجة العليا .

ففى الدول الحديثة مثلا ، يرتكز القانون كله على الدستور الذى تتدرج تحته القواعد القانونية ، عامة كانت أو فردية . فالتزام المشترى مثلا بأداء الثمن ، انما هو خضوع منه لقاعدة قانونية فردية يضعها العقد ؛ والعقد يستمد قوته من نص التشريع الذى يجعله شريعة المتعاقدين ؛ والتشريع يستمد قوته وشرعيته من الدستور الذى يخول للسلطة التشريعية حق اصداره ؛ وما الدولة الا مجموع قواعد الدستور ، فالدولة اذن هى النظام القانونى «١» .

٥٠ — نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

نلاحظ أولا فيما يخص مذهب « كلسن » «٢» ، أن القول بوجود

= théorie générale de l'Etat, Revue de droit public et de la science politique 1926, p. 561, t. s. — Duguit, op. cit., t. I, § 4, pp. 42-65. — Roubier, op. cit. No. 7, pp. 50-62.

(١) اذا كانت الدولة مجموعة من القواعد القانونية أى نظاما قانونيا ؛ فلا يعنى ذلك عند « كلسن » ان كل نظام قانونى أو مجموعا من القواعد القانونية يعتبر حتما مكونا لدولة . فالنظام القانونى عنده ، لايعتبر دولة الا بوجود هيئات مركزية مختصة بخلق قواعده وتطبيقها عن طريق الاجبار ، وهو مالم يتحقق فى العمل الا بعد تطور تاريخى طويل .

انظر : Kelsen, op. cit., pp. 156, 158 - 160

(٢) راجع فى بسط الانتقادات الموجهة الى مذهب « كلسن » :
Duguit, op. cit., t. I, § 4, pp. 63 - 65 — Roubier, op. cit., pp. 55-62.

قواعد قانونية فردية قول غير مسلم ، وقد أظهرنا من قبل عدم صحته ، اذ قلنا ان القاعدة القانونية تتميز بالعموم والتجريد .

أما القول بتدرج القواعد القانونيـة حتى تستند فى النهـاية الى الدستور ، فيترك الدستور فى واقع الأمر اما مستندا الى الفضـاء أو الى القوة ، وهو ما لا يمكن للعقل أن يسلم باعتباره أساسا للقـانـون . ولئن قيل ان الدستور يستند الى ارادة الأمة كما يقال فى الدول الديموقراطية ، فلا يكفى ذلك لتبرير شرعية القواعد القانونية ، اذ ارادة الأمة وحدها لا تكفى أساسا للقانون ، بل ينبغى لهذه الارادة أن توافق أو تستهدف مثلا أعلى للعدل والا صارت تحكما ، ولا يخرج من التحكم قانون .

وأيا كان الأمر ، فلسنا نطيل الوقوف عندما ينتهى اليه الأخذ بهذه الآراء والمذاهب الشكلية فى مجموعها من تحكم الدولة تحكما مطلقا فى القانون مما يجعل الحكم للقوة التى تتمثل فى الدولة تفرض ما تشـاء استنادا الى أن مشيئتهـا هى القـانون ، أو تتحلل من التقيـد بأحكام القـانون «١» ، فالشطط فى ذلك ظـاهر اذ ينتهى الأمر الى أن يكـون القانون فى خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة فى خدمة القانون تتقيد بأحكامـه وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية ان اقتضى الحال .

ولا نطيل الوقوف كذلك عندما تتفق عليه هذه الآراء من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقـع كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة فى بعض المجتمعات أو بالنسبـة لبعض فروع القانون ، ففى القانون المصرى مثلا ما زال المرجع فى شئون الزواج والطلاق هو دين الشخص وملته ، وفى القانون الانجليزى ما زالت للعرف والسوابق القضائية الغلبة على

---

(١) أنظر فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 6, p. 47. ـ حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٦٧ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ .

التشريع المكتوب ؛ كذلك فللقواعد العرف مقـام كبير فى نطاق القانون التجارى ودور غير ضئيل فى نطاق القانون الدستورى .

ولا يكفى — لدفع هذا الاعتراض — أن يقال ان القـانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لأن الدولة تقره وتجيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كمـا يعتبر التشريع ارادتها الصريحة «(١)» . اذ الواقع أن الدولة اذا كانت تطبق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك، وانما الصحيح أن الدولة تطبقها لأنهـا مفروضـة عليها باعتبارها قانونا فى ذاتها «(٢)» .

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الأمر دون التنقيب عما وراءه، فهو مذهب سطحى يكتفى بما يظهر فى الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعتقد أن الدولة هى التى تخلق القانون .

والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهى حين تضع التشريع مثلا انما تعمد الى التعبير تعبيرا فنيـا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليهـا من موجهات عقلية أو مثاليـة . فالدولة لاتعدو اذن أن تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيئتهـا ، وهى حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعيـة من وقائع وحقـائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لتلك الحياة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التى يجرى الناس على اتباعها مع اقتناعهم بالزامها ليست الا تعبيرا عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقا لبعض ماتسمو اليه من مثل .

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, pp. 103 - 105

(٢) انظر فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣١ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ . — محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٠ . — سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٨١ . — سعد عصفور، المرجع السابق ص ٥٧ .

فالمذاهب التى تريد الاكتفاء من القانون فى تعرف قواعده بالصورة الوضعية التى يظهر بها ، لاتبلغ فى الواقع الا الى تعرف الشكل من هذه القواعد دون الموضوع ، لأنها تقنع بالتثبت من أنهـا تحمل الطابع الرسمى أى طابع السلطـة التى تملك حق التكليف بالقواعد القانونية ، فلا تجاوز ذلك الى التساؤل عن الحاجات والدوافع التى أملت وضع هذه القـواعد ولا عن المثل والعوامل التى وجهت اليها وأسهمت بنصيب وافر فى تحديد مضمونها «١» . وبذلك تنتهى هذه المذاهب الى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدى الى وقف حركة تطور القانون . وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص فى فرنسـا فى القرن التاسع عشر من جمـود القانون نتيجة للجمود فى التفسير وتقديس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها ـ وقد تضمنت ارادة الدولة ـ فلا صلـة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها «٢» .

والواقع أن القاعدة القانونية ـ كما سبق البيان ـ هى قبل كل شىء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التى تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع وما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الأولية التى تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلهـا صالحة للتطبيق فى نطاق العمل .

فنظام الزواج مثلا وان كانت تتضمنـه قواعد قانونيـة تشريعية أو عرفية أو دينية ، أى ان كان يقضى به تشريع من تشريعات الدولة أو عرف شائع متبع فى الجماعة أو دين يوحى به الله ، هذا النظام لم يفتعل افتعالا ولم يخلق خلقا لأنه ليس الا صياغة أو تعبيرا فنيـا عن حقـائق الحيـاة الاجتماعية ومثلها العليا . فانقسام النـاس مثلا الى ذكر وأنثى ، وضرورة حفظ النوع الانسـانى ، وتنظيم العلاقـة بين الذكر والأنثى فى الجماعـة

---

(١) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 7, pp. 58, 59. ـ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣٢ و ٣٣ . ـ حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٦٨ .

(٢) فى هذا المعنى : حسن بغدادى ، الموضع السابق .

تنظيما يكفل الاستقرار ورعاية ما ينتج عن هذه العلاقة من أولاد ، وتكوين الأسرة وهى الخلية الأولى فى المجتمع ، كل هذه حقائق ومثل لا توضع القاعدة القانونية أو على الأصح لاتصاغ الا على هداها •

وكذلك فان القواعد التى تحكم نظام الزواج تختلف باختلاف المجتمعات تبعا لاختلاف المعتقدات والأفكار السائدة فى كل مجتمع : فبعض الجماعات ترى التنظيم المثالى للزواج فى دوامه أبد الحياة مع زوجة واحدة ، فيأخذ المشرع هذا المثل الأعلى المسيطر على الجماعة ويصوغه بأن يحرم انقصام عقدة الزواج بالطلاق ، وبأن يضع مبدأ وحدة الزوجة فيحرم تعدد الزوجات • وبعض الجماعات الأخرى تهيمن عليها مثل الحرية وتأبى أن تعتبر الزواج قيدا أبديا يرسف الزوجان فى أغلاله رغم ما قد يجره بينهما من كراهية وبغضاء وشقاء ، فيأخذ المشرع هذا الموجه المثالى ويصوغه فى صورة تسمح بامكان انحلال الزواج عن طريق الطلاق دون انتظار لانحلاله عن طريق الموت • وبعض جماعات أخرى قد تضطرها ظروف تاريخية الى النزول عن المثل الأعلى فى وحدة الزوجة ، فيصوغ المشرع ذلك عن طريق اباحة تعدد الزوجات •

٥١ ـ التفرقة بين المصادر الرسمية او الشكلية وبين المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية واهميتها

كل أولئك يفصح عن أن القاعدة القانونية التى تخرج الى الناس سوية فى شكل تشريع أو عرف أو دين ، ليست بمعزل عن حقائق الحياة الاجتماعية ولا عن المثل المهيمنة عليها، بل ما هى فى الواقع الا تعبير أو صياغة للتفاعل الحاصل بين حقائق الحياة الاجتماعية وبين المثل العليا التى تقود الجماعة وتسيطر عليها • فالاكتفاء اذن من هذه القاعدة القانونية فى تعرف تكوينها بالشكل الذى تخرج به الى الناس، نظر محدود جامد ينبغى بسطه الى مايستتر وراءه من عمل صامت خفى يتمثل فى عوامل الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية على حد سواء •

وينبنى على ذلك ، أننا وان كنا نصادف فى تكوين القاعدة القانونية أول ما نصادف عنصرا شكليا هو الذى يعطيها قوة الالزام وصلاحية التطبيق فى نطاق العمل ، الا أن ذلك لا ينبغى أن يلفت عما وراءه من عنصر موضوعى هو المكون لمادتها وجوهرها .

فالقاعدة القانونية ، كما يذهب الى ذلك أغلب الفقهاء ، لها مصدران : مصدر شكلى أو رسمى (source formelle) ، ومصدر موضوعى أو مادى (source réelle ou matérielle) . وترمز المصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن تمتد اليها يد القانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق العمل .

وهذه التفرقة من الأهمية بمكان كبير ، اذ ترتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما تلتزم — فى هذا التعبير — ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية أو المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل ، خرج القانون فى صورته الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة — فيما يحدثنا التاريخ — لايكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمتد اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة . وان جاء التعبير ناقصا أو لم يتح لحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا أن تجد طريقها الى التعبير على يد السلطات المختصة بذلك ، لم يكن للقاضى أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الأصح جريمة « انكار العدل » (déni de Justice) ، وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون .

فالمصادر الموضوعية أو المادية اذن هى التى تقدم جوهر القــاعدة القانونية ، والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفــة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للنــاس . أو بعبارة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصوغ القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية أو الشكلية .

٥٢ ـ خطة البحث

اذا كان تكوين القاعدة القانونية يرد ـ على ما سبق من بيان ـ الى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، والى عنــاصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون طبيعيا أن نقسم هذا الفرع الى بابين :

الباب الأول ـ فى جوهر القاعدة القانونية .

الباب الثانى ـ فى شكل القاعدة القانونية .

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

٥٣ – تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الأولية التى تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هى المصادر الحقيقية التى يستمد منها مضمون القاعدة القانونية .

وقد قدمنا أن القاعدة القانونية انما تستمد جوهرها من حقائق الحياة فى الجماعة ومن المثل المهيمنة على هذه الجماعة . غير أن الفلاسفة والفقهاء يختلفون فى النظر الى جوهر القاعدة القانونية اختلافا بينا . وهذا الاختلاف مرده قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الأعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لاتبصر منه الا الحقائق الواقعية التى تزخر بها الحياة الاجتماعية .

وهاتان المدرستان مازالتا تتنازعان الانسانية منذ القدم ، واختلافهما فى المبدأ نتيجة لاختلافهما فى الطريقة والمنهج . فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية أولية لاتقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادى . والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمى ، وتقنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس .

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين . فالقاعدة التى توجد فى كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الأصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى

فى الجماعــة وأوشك أن يودى بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل .

غير أن كلا من المدرستين يسرف فى الناحية العكسية للآخر اسرافا يحصر النظر الى القانون فى زاوية واحدة . ومن هنا ، كان لابد للاحاطة بجوهر القانون من بسط النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى الا بالجمع بين فقه ونهج المدرســة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ؛ وهذا ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم .

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول ــ فى المدرسة المثالية .

الفصل الثانى ــ فى المدرسة الواقعية .

الفصل الثالث ــ فى الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية.

الفصل الاول
المدرسة المثالية
L'école Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة فى مذهب القانون الطبيعى ، الذى لم يثر مذهب مثل ما أثاره هذا المذهب من جدل وخلاف ؛ فنعرض لفقهه وتطوره فيما يلى :

§ مذهب القانون الطبيعى *
La Doctrine ou L'école du droit naturel

٥٤ ــ تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين

---

* المراجع :

Alexeiev, Le droit naturel, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1-2, pp. 135-164. — Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93. — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., Nos. 17-23. — Capitant (H.), op. cit., Nos. 7-9. — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64-93. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201-216. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 31-37; 50-78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 36-128; 421-446. — Draghicesco, philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1-2, pp. 243-286. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 219-250; 283-294. — Le Fur, Droit naturel et réalisme, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 1-2, pp. 225-230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1-2, pp. 92-131. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 9-13; 25. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1-2, pp. 7-24. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, 1956, Nos. 21-28. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française, 1945. — Roubier, op. cit., Nos. 11-12, pp. 92-106; No. 16, pp. 144-153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80-112.

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18-62.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩ ــ فقرة ٣٥ ، وفقرة ٣٩ و ٤٠ . ــ حسن بغدادى ، المرجع السابق =

الوضعية ، قانون ثابت أبدى صالح لكل زمان ومكان لأنه انما يصدر عن طبيعة الأشياء . تلك الفكرة فى بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هى التى عبر عنها مذهب القانون الطبيعى .

غير أن هذا المذهب ، وان احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف العصور منذ القدم ، الا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح ونقد مرير . وكذلك فان هذه الفكرة تقاذفتها الغايات المختلفة ، فبدات فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة لزلزله الطغيان فمهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان الطبيعية . على ان ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر اذ صبغها بصبغة فردية صارخة ، فمكن للخصوم منها، فتوارت زمنا ثم عادت فى أعقاب القرن الماضى ومطلع هذا القرن تطل على الناس فى زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد .

٥٥ — القانون الطبيعى عند اليونان

ففكرة القانون الطبيعى اذن فكرة عريقة فى القدم ، يردها الكثيرون الى اليونان . غير أنه ينبغى الحذر فى تقبل ذلك على اطلاقه ، ففلاسفة اليونان كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقديسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير «[1]» ، ومن هنا لانجد فى آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التى لاتجب طاعتها على الفرد .

ورغم ذلك فان فكرة القـانون الطبيعى توجد متناثرة عند بعض

= فقرة ١٤، ص ٤٢—٤٩ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٩ — فقرة ١٧٠ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢ — فقرة ٣٢ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥٧ — فقرة ٦٤ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢١—٢٨ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ — فقرة ٢١ .

(1) Del Vecchio, op. cit., pp. 41-43; 45-46. — Roubier, op. cit., No. 11, pp. 92, 93.

شعراء اليونان ، فيتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى محوها من سبيل »[١] .

وقد عرف الفيلسوف سقراط هذه القوانين كذلك وفرق بينها وبين قوانين الدولة الوضعية ، ولكنه أوجب الطاعة للقوانين الوضعية حتى ولو كانت ظالمة ، فقد كان يخشى ان علقت الطاعة على موافقة القوانين الوضعية للقانون الطبيعى ، أن يذهب الأمر ببعض الناس الى عصيان القوانين الوضعية العادلة »[٢] .

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف بمذهب « الرواقية » le Stoïcisme الذى كان يرى المثل الأعلى للحكيم فى التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعى الذى يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذى يعلو سلطانه على سطان القوانين الوضعية التى تضعها الدوله وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية »[٣] . ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب »[٤] .

٥٦ ـ القانون الطبيعى عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتأثروا بنزعته الفردية كما تأثروا بفكرته فى وجــود قانون طبيعى .

(١) انظر قول «سوفوكليس» على لسان «أنتيجونا» اذ تخاطب «ريون» مجاهرة ومبررة مخالفتها امره بمنع دفن أخيها «بولينيس» : « ما أرى ان أمــورك قد بلغت من القوة ، بحيث تجعل القوانين التى تصدر عن رجل أحق بالطاعة والاذعان من القوانين التى تصدر عن الآلهة الخالدين، تلك القوانين التى لم تكتب والتى ليس الى محوها من سبيل . لم توجد هذه القوانين منذ اليوم ولا منذ أمس ، هى خالدة ابدية ، وليس من يستطيع أن يعلم متى وجدت . . . » (طه حسين ، من الأدب التمثيلى اليونانى ، سوفوكليس ، ١٩٣٩ ، ص ١٨٨ و ١٩٨) .

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 40. — Roubieé, op. cit., No. 11, p. 94. — Rommen, op. cit., p. 29.

(٣) Del Vecchio, op. cit., pp. 50, 51. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 94.

(٤) Roubier, op. cit., No. 11, p. 95.

فنجد « شيشرون » (Ciceron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل القويم ، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير فى الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق «(١)» . ونجد عند الفقيه « بول » (Paul) مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جايوس » (Gaius) بوجود قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمى أو ماسموه « قانون الشعوب » (Gus gentium) «(٢)» . وينبغى التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذى كان ينطبق على علاقات الأجانب بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان ولكن هذا القانون لايعدو أن يكون قانونا وضعيا يختلف عن القانون الطبيعى الذى يصدر عن طبيعة الأشياء ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » فى المعنى الوضعى يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعى «(٣)» .

غير أن بعض الفقهاء عند الرومان ، مثل الفقيه « ايلبيان » (Ulpien)

---

(١) انظر قول « شيشرون » فى ذلك : «انه قانون حقيقى وعقل قويم ، موافق للطبيعة وشائع لدى الجميع ، مستقر خالد ، يدعو الى ما يجب علينا فعله بالأمر به ويلفت عن الشر بتحريمه ، وان يكن مع ذلك — وامره أو نهيه ليس دون جدوى بالنسبة الى الأخيار — لا يغير — بأوامره أو نواهيه — الأشرار . وأنه من النظام الالهى أن لايمكن التصدى لنسخ هذا القانون أو الخروج عليه . . . ولا نستطيع بقرار من مجلس الشيوخ أو الشعب ، الاعفاء من طاعته . وهو ليس فى «روما» غيره فى «أثينا» ، وليس اليوم غيره فى الغد ، ولكنه قانون واحد أزلى ثابت ، لكل الشعوب وفى كل الأزمان . . . ومن لم يطعه ، فانه يهرب من نفسه ، ويستشعر — لانكاره طبيعة الانسان — العذاب الأكبر ، حتى ولو افلت مما يعتبر عقوبات فى عرف الناس » .
[Cicéron, cité par Senn, De la Justice et du droit, 1927, p. 61, note (1)] .

(٢) Roubier, op. cit., No. 11, p. 96

(٣) Senn, op, cit., pp. 73-79. — Beudant, op. cit., No. 35, pp. 55-56. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 55, 56,

صرفوا اصطلاح « القانون الطبيعي » عن مدلوله ، فقصدوا به ذلك القانون الذى يهيمن على نشـاط الكائنات الحيـة جميعـا من انسـان وحيوان »(١) . وواضح أن فى هذا النظر خلطا بين القانون باعتباره قاعدة سلوك اجتماعية وبين القوانين أو النواميس الطبيعية »(٢) .

٥٧ — القانون الطبيعى عند الكنسيين فى القرون الوسطى

ثم مالبثت فكرة القانون الطبيعي أن اصطبغت بصبغة دينيةفىالعصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسـة المسيحية حتى صار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الالهى الذى يسمو على القانون الوضعي، وهو — وان كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لايتغير — ، الا أن الله هو الذى يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة . وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعى الى فكرة دينية أن تمكن لسطان البابا على سلطان الملوك ، أى أن تمكن للسلطـة الروحيـة من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعى وان غلبت عليه الصبغـة الدينيـة فى هذه الآونة ، الا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقليـة التى لازمته على عهد اليونان والرومان . فلئن كان القانون الطبيعى عند فقهاء الكنيسة هو ذلك

---

(١) Del Vecchio, op. cit. p. 54.

وانظر فى هذا المعنى ما جاء فى « مدونة جوستنيان » من أن « القانون الطبيعى هو السنن التى الهمتهـا الطبيعة لجميع الكائنات الحية . انه ليس مقصورا على الجنس البشرى ، بل هو سار فى جميع الأحياء ، مما يحوم فى الهواء ، أو يدب فى الأرض ، أو يسبح فى المـاء . من هذا القـانون سنة اتحاد الذكر بالانثى مما اصطلحنا نحن الآدميين على تسميته بالزواج . ومنه ايضا سنة التناسل وتربيـة الأولاد . والمشاهدة دالة على أن كل الكائنات الحية كأنها مدركة هذا القانون » . (عبد العزيز فهمى ، مدونة جوستيان فى الفقه الرومانى ، ١٩٤٦ ، ص ٦) .

(٢) ولعلهذا هوالسبب فىاطلاقاصطلاح«قانون الشعوب» (Jus gentium) على القانون الطبيعى الخاص بسلوك الانسان رغم ما يعنيه هذا الاصلاح أصلا من معنى آخر وضعى ، وذلك تمييزا له عن اصطلاح «القانون الطبيعى» (Jus naturale) الذى ينصرف فى معناه الواسع الى القواعد الموافقة للطبيعة التى تحكم كل الكائنات الحية . (انظر : Senn. op. cit., pp. 77, 78; 82, 83)

القانون الذى نقشه الله على قلب كل انسان ، الا أن الانسان لا يجد هذا القانون أو يدركه الا بعقله .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة — وخاصة القديس « توماس الأكوينى » (Saint Thomas d'Aquin) — فى تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهى » أو « القانون الأزلى » الذى يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ، فلا يدركه الا الراسخون فى الايمان الذين أضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعى » الذى هو منتهى ما يدركه العقل من أصول القانون الالهى . وأسفل من ذلك يوجد القانون الوضعى وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعى «(١)» .

واذا خالف القانون الوضعى عن قواعد القانون الطبيعى فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعى ، لأن النفع العائد من الطاعة — وهو الاستقرار والأمن فى المجتمع — أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ؛ وفى ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع أصول القانون الطبيعى . ولكن الطاعة للقانون الوضعى لاتجب ان خالف عن أمر القانون الالهى «(٢)» .

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة فى عهد المسيحية الأول تفصل فصلا تاما بين السلطان الدينى والسلطان المدنى، وتعبر عما لكل من السلطانين من نطاق نفوذ مستقل فى قولتها المشهورة « أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » «(٣)» ؛ أضحت فى القرون الوسطى

---

(١) انظر فى ذلك :

Beudant, op. cit., No. 44, p. 72. — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62 — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99. — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175-184.

(٢) انظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier, ibid. — Du Pasquier, ibid. — Rommen, op. cit., pp. 76-77. — Friedmann,, p. 29.

(٣) Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تخضع السلطان المدنى للسلطان الدينى ، فلا طاعة للقـانون الوضعى فى معصية القانون الالهى ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعى فى فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

٥٨ ـ الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة فى القرن السادس عشر ، وانكار فكرة القانون الطبيعى نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبدء تكون الدول الحديثة ، فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المغالاة نجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهرين هما « مكيافيل » (Machiavel) (١٤٦٩ـ١٥٢٧) و « بودان » (Bodin) (١٥٣٠ـ١٥٩٦).

«فمكيافيل» فى كتابه «الأمير» يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية ـ كما يقول ـ تبرر الوسيلة، والقوة تكون عادلة مادامت ضرورية «[١]» .

و « بودان » يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى سبيل ذلك

---

(١) انظر فى ذلك قول « مكيافيل » ، ان الأمير « يجب أن يكون ثعلبا وأسدا فى نفس الوقت . لأنه ان لم يكن الا أسدا ، فلن يبصر الشراك . وان لم يكن الا ثعلبا ، فلن يحمى نفسه من الذئاب . فهو بحاجة الى ان يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، وأسدا لاخافة الذئاب » . وقوله ان الأمير « يجب على قدر مايستطيع أن لا يبتعد عن طريق الخير ، ولكنه يجب أن يعرف ـ عند الحاجة ـ كيف يسلك مسلك الشر » . وقوله : « يجب أن يفكر الأمير فى الحفاظ على حياته وعلى دولته ، فانه ان ينجح ، فان كل الوسائل التى يكون قد اتخذها الى ذلك سيحكم عليها الناس بأنها شريفة محمودة ، اذ العامة مأخوذة دائما بالمظهر » .

راجع فى الاشارة الى هذه المقتطفات من اقوال « مكيافيل »

[Chevallier (Jean-Jacques), Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27-29 .]

يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ ما دام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما يلزمه قانونا قبل الأفراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا ليس للأفراد الحق فى مطالبته باحترام هذه الالتزامات »(١) .

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون الطبيعى، وطغيان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج . ومن هنا بدت الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تذود عن حقوق الأفراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة .

٥٩ ــ تبلور فكرة القانون الطبيعى كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود فى النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندى « جروسيوس » (Grotius) (١٥٨٣ــ١٦٤٥) ، الذى كان له الفضل فى ابراء القانون الطبيعى مما أسبغته عليه الكنيسة فى القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين »(٢) . ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعى وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها . ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعى فى السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون

---

(١) انظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38-51. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 100-101. — Del Vecchio, op. cit., pp. 72-74. — Marty et Raynaud, op. cit. ,No. 11. — Du Pasquier, op. cit., No. 227.

(٢) Charmant, op. cit., p. 17.

الدولي العام بمعناه الحـديث ، وأقامه على أسـاس متين من وجـوب احترام الاتفاقـات والمعاهـدات الدوليـة ، وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربه تنظيما قانونيا .

فالقانون الطبيعي عنده هو قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء ، هو ذلك القانون الذى يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم . وهو باعتباره وليد العقل ووليد الطبيعـة يكسب منهـا صفة الـوحدة والثبـات والخلـود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمـان ؛ ولله نفسـه لا يملك بذلك تغييره ، لأنه ليس بالذى يغير المعقول أو الطبيعى «[1]» . فالقانون الطبيعى اذن انما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة القانونية ، وما وظيفة السلطـة العامة فى الجماعة الا اعلان أن هذه القاعدة ـــ التى حدد مضمونهـا القانون الطبيعى ـــ قاعدة ملزمة مجبرة . ومن هنا كان وجوب استناد القانون الوضعى الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء«[2]» .

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعـة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالانسان تولد معه لأن طبيعته تحتمها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع ، تلك هى الحقوق الطبيعيـة أو الحقوق الفردية أو حقوق الانسان . فهذه الحقوق اذن مبدأ أساسى من مبادىء القانون الطبيعى لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل ان مهمـة هذه القوانين هى تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالته لكل من الأفراد «[3]» . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون فى الانسان أو فى الفرد ، وتقصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعيـة ثابتة له منذ الأزل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان يكن قد أتيح لها البـروز مع

(١) Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. — Du Pasquier, op. cit. No. 228.

(٢) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

(٣) انظر :

Beudant, op. cit., No. 60, p. 95. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 105, 106.

الوضوح والاستقلال على يد جروسيوس ، الا أن هذه الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وان تكن فى طليعة حقوق الانسان الطبيعية ، الا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدها بالانهزام أو الأسر فى حرب «١» ؛ وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى .

٦٠ ـ رواج مذهب القانون الطبيعى وتطرفه فى القرنين السابع عشر والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى القرنين السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبررون ـ كما فعل جروسيوس ـ بعض الأنظمة الظالمة فى القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطرد منطقهم بضرورة الغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعى .

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى هذين القرنين فوق ذلك أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية فى العصور الأولى ، وفكرة دينية فى العصور الوسطى «٢» . فأصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار أنها تتضمن موجهات كلية مثاليه يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء ويلتزم المشرع باحترامها فى القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستهدائها واستلهامها ان قصرت القوانين الوضعية عن البصر بكل ما قد يعرض فى العمل من فروض متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار

---

(١) انظر :
Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

(٢) Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 271.
Roubier, op. cit., No. 12, p. 103.

أنها تتضمن قواعد جزئيــة تفصيليــة تواجه كل ما يعرض فى العمل من حالات وتجد له الحل العادل المعقول «١» .

فالقانون الطبيعي اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا كاملا أى يحوى لكل وضع من الأوضــاع أو نظام من الأنظمة القواعد النموذجيــة التي يجب أن تحكمه، وبذلك يقتصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النمــوذجيــة الى قواعد وضعية وازالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعي أى بين الصورة والأصل «٢» . ومنطق هذا النظر يؤدى الى اعتبار أن القانون الوضعي يتضمن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعى هى التى يستعيرها منه ويسبغ عليها صفه الوضعية أو صفــة الالزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القانون الطبيعى كل ما يوجد فى القانون الوضعى من قواعد توافق العقل وتقضى بها طبيعة الأشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون الوضعي والسمو بأحكامه .

وظاهر أن فى هذا النظر خلطا بين فكرة القانون الطبيعى فى ذاتها وبين ما يعمد اليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحيــاة الاجتماعيــة بالتطبيق على هذه الفكرة أو باستيحائها . وكذلك فان هذا النظر يناقض القول بأن القانون الطبيعى قانون عالمى ، ثابت خالد لا يتغير فى الزمان والمكان ، فان العقل الانسانى الذى يستخلصه لا يبلغ من القدره مبلغا يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية فى كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان، وما يوضع لها من حلول لايقل عن ذلك اختــلافا .

٦١ ــ القانون الطبيعى والعقد الاجتماعى

وأياً كان الأمر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد عاصرتها وزاحمتها

---

(١) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104

(٢) Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271, 272. Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هى فكرة العقد الاجتماعى (Le contrat social) . والأصل فى خلق هذه الفكرة هو الرغبة فى تبرير شرعية السيادة فى الدولة . من أجل ذلك تلقفها أنصار الحرية وأنصار الاستبداد على السواء واتخذوها مطية لتأييد اعتقاداتهم المتعارضة . ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة فى يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . غير أن هذا العقد الاجتماعى قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافا بالغ الأثر فى تحديد مدى سيادة صاحب السلطان فى المجتمع .

فالكاتب الانجليزى هوبز (Hobbes) (١٥٨٨ — ١٦٧٩) «(١)» يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدها حدود أو قيود ، اذ أن الأفراد تنازلوا بمقتضى العقد الاجتماعى عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق فى عهد الفطرة ووضعوها بين يدى السلطان. ذلك أن عهد الفطرة (L'état de nature) كان هو عهد الفوضى الذى تحكمه الأنانية والغرائز المنطلقة ويسود فيه منطق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لا تنقطع بينهم . وتلك حال تعسة لا يمكن أن تدوم والا انتهت بالنوع البشرى الى الفناء . لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم فى البقاء والدفاع عن النفس ، الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطرى التعس الى عهد أفضل نظامى ، عن طريق عقد يتضمن تنازل كل فرد عما كان له فى عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود .

وهو تنازل لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا أتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك تنازل لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا فى

---

(١) راجع فى مذهب « هوبز » بصفة خاصة :

Cairns, Legal philosophy from plato to Hegel, pp. 246-271. — Chevallier, op. cit., pp. 52-69. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83-85. — Beudant ,op. cit.; No. 66. — René Capitant, Hobbes et L'Etat totalitaire, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1-2, pp. 46-75.

العقد حتى يلتزم بشىء قبل الأفراد ، فبقيت له وحده الحريـة الفطريـة يفعل ما يشاء . أما الأفراد ـ وقد تنازلوا عن حرياتهم وحقوقهم الفطرية ـ فقد فقدوا الحق فى الحكم على الأشياء بأنها عدل أو ظلم ، اذ أنهم بهذا التنازل قد اختصوا السلطان بهذا الحكم ، فالتزموا مقدما بأن يعتبروا عدلا ما يأمر به السلطان ، وظلما ما ينهى عنه أو يحرمه .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدى الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يضع أمام القوانين الوضعية التى يسنها السلطان ويطبقهـا على الناس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعهـا فى طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجـود فكرة القـانون الطبيعى . فانه ليس بعد العقد الاجتماعى ، كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم فى ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بارادة صاحب السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليـا للقوة فى عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك فى عهد الفطرة «[1]» .

غير أن فكرة العقد الاجتماعى قد أتيح لها عند كاتب آخر هو الكاتب الانجليزى **لوك** (Locke) (١٦٣٢ ـ ١٧٠٤) «[2]» ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطـان وتحكم القـوانين الوضعيـة . فعهد الفطرة الأولى عنده عهد يحكمـه العقل لا الأهواء ولا الأنانية كما يرى «هوبز» . لذلك فان الأفراد لا ينزلون فى العقد الاجتماعى عن كل مالهم فى ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب «[3]» ، ويظل القدر الباقى من هذه الحقوق

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع فى مذهب « لوك » بصفة خاصة :

Cairns, pp. 335-361. — Chevallier, op. cit., pp. 85-99. — Beudant, op. cit., No. 67. — Del Vecchio, op. cit. pp. 90-92.

(٣) اذا كان الافراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم انه عهد يحكمة العقل فيما يرى « لوك » ، فما ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحرياتهم ولتفادى عـواقب التعسف المحتـوم من جـانب بعض الافراد فى استعمال مالهم من حقـوق وحريات . فان عهد الفطرة يفتقـد قوانين معلومة قائمة على الرضا العـام المشترك ، وقضاة معلومين ، عدول =

الطبيعيــة قائما فى عهد المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطــان • والسلطان باعتباره طرفا فى العقد انما يلتزم بتسخير سلطته فى تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعيــة للأفراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للأفراد فسخ العقد والثورة على السلطــان • فالقانون الوضعى فى هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعيــة للأفراد وكفالة الالتزامات التى تفرضها الطبيعة والعقل •

ثم استخدم روسو (Rousseau) (١٧١٢—١٧٧٨) «[1]» فى النصف الثانى من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعى أداة لانكار حق الملوك فى السيادة ، وبصفة عامــة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لحصر السيادة فى الشعب أو المجموع •

فالعقد الاجمــاعى عنده أنهى عهد الفطــرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجمــوع ككل لا من حق فرد واحد من الأفراد على حدة • فالقــوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتهــا الملزمة للأفراد من كونهــا ليست الا تعبيرا عن الارادة العامة أى عن ارادة المجموع • وهذه الارادة العامــة عنده ارادة مطلقة معصومة ، لأنها ــ وهى ارادة المجموع ــ لا يتصور أن تبتغى مصلحة مخالفة لمصالح أفراده ، كما لايتصــور أن يضر الجسم

= محايدين ، يفصلون فى المنازعات طبقا لهذه القوانين ، وسلطــة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدرونه من احكام . ولذلك يفضل الأفراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوافر فيه كل هذه الضمانات .
(انظر : Chevallier, op. cit., p. 91)

(١) راجع فى مذهب « روسو » بصفة خاصة :

Chevallier, op. cit., pp. 142-173. — Beudant, op. cit., pp. 150-168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104-108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hubert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil. du droit, 1932, No. 3 - 4, pp. 407 - 427. — Paul - L. Léon, Le problème du contrat social chez Rousseau, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3 - 4, p. 157 - 201. — Paul - L. Léon, L'idée de volonté générale chez J.-J. Rousseau et ses antécédents historiques, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 3 - 4, pp. 148 - 200.

بعضو من أعضائه «(١)» .

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريده المجموع أو على الأصح — وهو ما يسمح به العمل — ما تريده الأغلبيــة فى هذا المجموع «(٢)» . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو — على خلاف الشائع عنه — فى سلك المنكرين لفكرة القــانون الطبيعى . فهو لا يعتــرف بأن القانون الوضعى أو الارادة العامة تخضع لجملــة من موجهــات العدل العقليــة أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية . بل وأن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعيــة ، فرغم تسليمه بأن الأفراد لاينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى الا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع، الا أنه يجعل هذا المجموع الذى يسميه الارادة العامة — والذى يقتصر فى الواقع على الأكثرية — هو وحده الحكم المتصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيد منها كما يشاء «(٣)» . وهو

(١) انظر فى ذلك قول « روسو » أن الارادة العامة دائما قويمة وتهدف الى الصالح العام » (J.-J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Montaigne, Livre II, Chapitre III, p. 145.) ، وانه « كما تعطى الطبيعة لكل انســان سلطة مطلقــة على كل اعضائه ، فان العقد الاجتماعى يعطى للجسم السياسى سلطة مطلقة على كل افراده » (Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p 152) ، وأن هذا الجسم السياسى أ والسلطان ، « وهو لايشكل الا من الأفــراد المكونين له ، ليس له ولا يمكن أن يكــون له صــالح منــاقض لصــالحهم ، ولذلك فليس السلطان بحاجة — قبل الأفــراد — الى ضــامن، لان من المستحيل ان يرغب الجسم فى الاضرار بأعضائه ... ولكن ليس ، الحال كذلك بالنسبة الى الأفراد تجاه صاحب السلطان ، الذى اذا لم يجد الوسائل لضمان اخلاصهم ، فلا شىء — رغم الصالح المشترك — يؤكــد التزاماتهم قبله . اذ الواقع أن كل فرد قد يكون له ، باعتباره انسانا ، ارادة خاصــة مخالفة أو مناقضــة للارادة العامــة التى تكون له باعتباره مواطنا ، فصالحه الخاص قد يخاطبه على خلاف الصالح العام ... فحتى لايصبح العقد الاجتماعى عديم الجدوى ، فانه يشتمل ضمنا على التزام .. بأن أى واحــد يرفض طاعــة الارادة العــامــة ، يجبر على ذلك من قبل الجسم (أو المجموع) » . (Rousseau, Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108)

(٢) فى هذا المعنى : Beudant, op. cit., No. 101, p. 161.

(٣) وفى ذلك يقول « روسو » : « من المتفق عليه أن ما ينزل عنه كل واحد ، بالعقد الاجتماعى ، من سلطته او امواله أو حريته ، هو فحسب الجزء من ذلك، الذى يهم استعماله الجماعة. ولكن يجب التسليم بان صاحب

بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لايستند الى عقد اجتماعى ! • • فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! • •

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعى • فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيدا يرد على حرية أصحاب صناعة التشريع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية للأفراد • ولكنها عنت عند الكثيرين — وعلى الأخص عند « روسو » — التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو احلال الحكم الديموقراطى محل الحكم الاوتقراطى • وفى غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد واقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل — وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعى — عند أنصار العقد الاجتماعى ، فأصبحت مشيئة الشعب أو ارادة الأغلبية عندهم هى العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو ارادة مستبدة •

غير أن مالاقته فكرة العقد الاجتماعى على يد « روسو » من نجاح وذيوع لم يقلل من الاعتقاد والايمان بفكرة القانون الطبيعى طوال القرن الثامن عشر ، بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الأخيرة لتقف كالسد الحاجز أمام ما تضمر الفكرة الأولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعى •

٦٢ — انتصار مذهب القانون الطبيعى على يد الثورة الفرنسية

وتحت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية فى أواخر

= السلطان (اى المجموع) هو وحده الذى يقدر هذه الأهمية » •
(Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153.)

القرن الثـامن عشر ، فاعتنقت مذهب « روسو » فى حصر السيـادة فى الشعب وحده ككل أى من حيث هو يكون كتلـة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيـات الأفراد المكونين له • ولكنهـا حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القـانون الطبيعى كموجـه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعيـة التى تلتزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق ـ خلافا لمذهب « روسو » ـ قيدا على تحكم تلك القوانين التى تحمل مشيئـة الشعب • وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعى أن يصبح مذهبا رسميا يتضمنـه اعلان رسمى بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفـة والكتاب •

وقد حرص ممثلو الشعب الفرنسى أعضاء الجمعية الوطنيه على تصدير « اعلان حقوق الانسان والمواطن » (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) — الصادر سنة ١٧٨٩ والذى تضمنه من بعد دستور سنة ١٧٩١ كفاتحة له ـ بتنبيه الى أنه « اعتبارا منهم بأن جهل حقوق الانسان أو نسيانها أو احتقارها هى الأسباب الوحيدة للبؤس العام ولفساد الحكام ، قد عقدوا العزم على أن يسجلوا فى اعلان رسمى حقوق الانسان الطبيعيـة المقدسة التى يمتنع التنازل عنها حتى يذكر هذا الاعلان دائما أفراد الهيئة الاجتماعية بحقوقهم وواجباتهم ، وحتى تكون تصرفات السلطـة التشريعية والسلطة التنفيذية أكثر احتراما نتيجة لمقارنتهـا فى كل لحظة بالغاية من كل نظام سياسى • »

وجاءت بعد ذلك المـادة الثانيـة من « الاعلان » فنصت على أن « هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظـة على حقوق الانسان الطبيعيـة الخالدة •• » • ونصت المـادة السادسة عشرة منه على أنه لا دستور لمجتمع « يكون ضمان هذه الحقوق فيه غير مكفول » • وقد عدد الاعلان هذه الحقوق ، فأبرز فى مقدمتهـا الحق فى الحرية والمساواة والملكيـة والأمن والاعتقاد ومقاومة الطغيان •

وقد كان هذا الاعلان ممهدا لصـدور سلسلـة من اعلانات مماثلة رسمية تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد فى وجـود قانون طبيعى خالد مشترك يسمو على القـانون الوضعى ، ويجعل من حقوق الأفراد الطبيعية التزامات وقيود ترد على سلطان المشرعين •

ولقد تجاوب الفيلسوف **كانت** (Kant) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقـدات التى مهدت ووطأت لها ، فنجد عنده التفرقـة التقليديـة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي «[١]» • ومرد فلسفتـه القـانونيـة أن للانسان قيمة ذاتية مطلقـة ، اذ هو غاية فى ذاته وليس وسيلة لتحكم ارادة من الارادات كارادة الدولة أو ارادة المشرع «[٢]» • فالانسـان هو الذى يضع قانونه بنفسه أى بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أى مشتركا بين أفراد النوع الانسانى ، يستخلص قواعد عالمية ثابتة لحكم سلوك الانسان فى المجتمع • هذه القواعد تستمد من الصفة العالميـة الثابتة التى تخلعها عليها وحدة العقل الانسانى ، قيمة سامية مطلقة تفرضها على مختلف الارادات ، فتتقيد بها ارادة المشرع فيما يستن من قواعد وضعيـة • وينتهى « كانت » بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعى صفة عقلية بحتة «[٣]» •

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التى أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الانسان ، اذ يركز القانون فى الفرد الانسانى يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفى طليعتها الحرية ؛ وهو أمام حريات الأفراد المتعارضة يعمد الى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطغى بذلك على حريات الآخرين «[٤]» •

---

(١) Du Pasquier, op. cit., No. 236

(٢) Beudant, op. cit., No. 87, p. 138.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.

(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.

فالاعتقــاد اذن فى وجود قانون طبيعى يكون بمثابــة تقنين نموذجى يحكم القانون الوضعى بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصهــا العقل من طبيعــة الانسان ، كان هو الاعتقاد السائد فى القرن الثامن عشر • ثم أسبغت الثورة الفرنسية صفه رسمية على هذا الاعتقاد باعلانهــا ما سمته حقوق الانســان ، كمــا مكنت لما يتضمنه ــ فى تصور وظيفــة القانون ــ من نزعة فردية •

وفى ظل هذا الاعتقاد ــ الاعتقــاد فى وجود قانون طبيعى يسمو على القوانين الوضعية ، والاعتقاد فى سلطان العقل الذى يستخلصه ــ شهــد مفتتح القرن التاسع عشر واضعى تقنين « نابليون » يصدرون مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمى ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية ، ليس هو الا العقل الطبيعى من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض • » • وهذا النص ، وان لم يتح له أن يظهر فى التقنين اذ حذف عند مناقشــة المشروع ، الا أن ذلك لم يكن انكارا لمضمونه ــ اذ الاعتقاد فى وجود القانون الطبيعى كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الايمان ــ وانما كان تسليما بأن النصوص التشريعيــة الوضعية ليست محلا لاعلان المبادىء الفلسفيــة «[1]» •

٦٣ ــ مهاجمة مذهب القانون الطبيعى وتراجعه فى القرن التاسع عشر

غير أن مذهب القانون الطبيعى لقى محاربة شــديدة طوال القرن التاسع عشر ، شككت فى صحته ، وقللت من أنصاره فى الفقه ، فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القــانون أو شرعيته الى مثل أعلى • وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعى فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلازمه من نزعة فردية واضحة •

وقد تكفل المذهب التاريخى ــ على ما سيرد البيان ــ بمحاولة

(1) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 25

تقويض فكرة الخلود والثبات التى يتميز بها القانون الطبيعى فى منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد ارادة من الارادات كارادة المشرع ، أو أن يكون وليد العقل البشرى يستقل بتكوينه وانشائه ؛ اذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة فى الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور أن يثبت القانون على حال واحدة ، بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر اذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع ؛ وهو متطور دائما فى الزمان تطورا لا يفتعله الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بارادته ، وانما تطوره تطور ذاتى أو تلقائى يتسلسل فى حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا اراديا .

ولسنا نعرض الآن لصحة الأساس الذى يقوم عليه المذهب التاريخى ، فذلك موضعه عند الكلام فى تفصيل هذا المذهب ، ولكننا نجتزىء بالاشارة الى أن هذا المذهب قد أتيح له من النجاح طوال القرن التاسع عشر — فى ألمانيا حيث ظهر ، وفى فرنسا حيث لم يعدم الأنصار — ما أفقد الثقة فى مذهب القانون الطبيعى ، وأوهن من الاعتقاد فى وجود قانون تجتمع له صفة الخلود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التى لازمت مذهب القانون الطبيعى طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتى تأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين «نابليون» .

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة المسرفة التى ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق لخدمة المجتمع ؛ فتركز القانون — استخراجا من ذلك — فى الفرد ، حتى لتقصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمى الحقوق الطبيعية للانسان . وأدت مهاجمة النزعة الفردية فى القانون الى مهاجمة فكرة القانون الطبيعى بدورها باعتبار ما رسخ فى الأذهان من اقتران بين وجود القانون

الطبيعى وبين النزعة الفردية . ولسنا الآن فى مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يعنينا أن هذا الاقتران كان ماثلا فى كثير من الأذهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعداء ألداء لفكرة القانون الطبيعى ، فخسرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

٦٤ — حركة احياء القانون الطبيعى

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، قد أتيح لها — فى أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين — أن تجد من الفقهاء من يلتمس لها البعث والنشور ، ومن يقوم على احيائها مبرأة مما أثار عليها الهجوم ومكن منها الخصوم . فثم احياء لفكرة القانون الطبيعى يبرئها من أسطورة الخلود والثبات على مر الزمان واختلاف المكان ، ويقصر الخلود والثبات على الفكرة دون المضمون نجده عند الفقيه الألمانى « ستاملر » (Stammler) فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير . وثم احياء للقانون الطبيعى يبرئه من الادعاء المسرف بأنه قانون نموذجى تفصيلى يتضمن حلولا عادلة مثالية لكل ما يعرض فى العمل من مشاكل وفروض ، نجده عند جمهور الفقهاء فى مطلع هذا القرن ، فى قصرهم فكرة القانون الطبيعى على قلة من مبادىء العدل المثالية الموجهة الملهمة .

فحركة احياء القانون الطبيعى التى خرجت الى الوجود منذ أواخر القرن الماضى انما مكنت لهذا الاحياء اذن بسلوك طريقين : الأول هو القصد فى خلع صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، والثانى هو قصر وظيفة القانون الطبيعى على القيادة الموجهة الملهمة بقلة من مبادىء العدل المثالية ، دون أن ينزل الى التطبيق العملى وما يفرضه من تنظيم تفصيلى ، فذلك شأن القانون الوضعى .

(١) القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير «١» : أما القصد فى خلع

---

(١) راجع فى ذلك :
Ginsberg, La philosophie du droit de Rudolf stammler, Arch. de phil. du=

صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخى فى تطور القانون ، فكان لابد من الجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعى من التناقض الذى رماه به مذهب التطور التاريخى . وقد قدر للفقيه الألمـانى « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور فى فكرة القانون الطبيعى ، فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير (Le droit naturel à contenu variable). واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالى (Saleilles) .

وجوهر القانون — فى هذا النظر — هو مثل أعلى للعـدل ، خالد متغير على السواء : فهو خالد فى فكرته ، متغير فى مضمونه ؛ أى أن صفة الخلود دائما تلحق فكرة العدل فى ذاتهـا ، أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقهـا ، فرهن بظروف الحياة فى كل مجتمع وبتصـور هذا المجتمع لفكرة العدل . فالذى لا يتغير هو وجود عدل ينبغى تحقيقه . ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على أسـاس من العدل ، قد وجدت دائما فى ضمير الانسـان منذ الأزل . وستظل موجودة فيه الى الأبد . أما كيفية التمييز بين العدل والظلم ، واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين ، فأمر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لأنه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كل مجتمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل ؛ فما يعتبر عدلا فى جماعة قد يعتبر ظلما فى جماعة أخرى ، وما كان قانونيا فى جماعة باعتباره العدل ، قد يصبح — مع تقدم الزمان — غير مشروع ، اذ تنتهى الجماعة الى تصوره كظلم ينبغى رفعه . وليس يطعن هذا التباين فى وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود هذه الفكرة عند كل الجماعات . فثمة شىء يبقى خالدا دائما فى ضمير الانسـان — على

=droit, 1932, Nos. 3-4, pp. 564-574. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 98-114. — Charmont, op. cit., pp. 170-176. — Del Vecchio, op. cit., pp. 209, 210. — Rommen, op. cit., pp. 166-168. — Du Pasquier, op cit., No. 291. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87-95. — Dabin, La philosophie de l'ordre Juridique positif, No. 71. — Saleilles, article précité, pp. 96-99.

اختلاف البيئة وتعاقب الزمان — هو حنينه الى العدل ، وتصوره للقانون واحترامه له على أساس أنه اقامة للعدل »[1] .

ولكن فكرة القانون الطبيعي ذى المضمون المتغير تعرضت للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، اذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل منه مثلا خاصا بكل جماعة وفقا لتصويرها الخاص لفكرة العدل . وهو ما يؤدى الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتى أو موضوعى يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الأمر الواحد عدلا فى مكان أو عصر معين ، وظلما فى مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به . فلئن كان الرق مشروعا عند الجماعات الأولى طبقا لتصورها لفكرة العدل ، الا أن ذلك لا يعنى أنه لذلك كان نظاما عادلا . فللعدل حقيقة فى ذاته ، وهى لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير فى زمان أو مكان . والرق فى حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما فى أى زمان ومكان وجد .

(٢) القانون الطبيعى موجه مثالى للعدل : وأما الارتفاع بالقانون الطبيعى الى مجرد القيادة الروحية الموجهة ، فقد دعا اليه ما كان من اسراف أنصار فكرة القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر فى اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالى نموذجى ، يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولا عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية فى دقائقها وجزئياتها . فمثل هذا الاتجاه لا يحتاج الى تدليل على بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه ، اذ أن مشاكل الحياة الاجتماعية لاتعرض دائما بنفس الصورة فى كل الجماعات ، حتى يمكن الادعاء بوجود قانون مثالى ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان .

---

(1) Roubier, op. cit., No. 16, p. 152.

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القانون الطبيعى فى مطلع القرن العشرين الى العدول عن هذا الشطط المسرف فى تصور فكرة القانون الطبيعى ، فقصرتها على بضعة مبادىء مثالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل . وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعى ؛ فهو لا يضع حلولا عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفى بالتوجيه الى الحلول العملية التى تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهى فى جوهرها موافقة للقانون الطبيعى ، أى ترد فى مجموعها الى المثل الأعلى للعدل ، ذلك المثل الذى له من وجوده الذاتى ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان . فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهى فى جوهرها الى تلك الأصول العامة للعدل التى تكون القانون الطبيعى ، كما تنتهى السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بما يبعث اليها مناره من أضواء .

ففكرة القانون الطبيعى انتهت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثالى للعدل الذى ينبغى أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لاينزل الى التفصيل والتفريع ، وانما يقتصر على التوجيه والالهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل «١» ، لاتصلح بذاتها للتطبيق العملى — كمبدأ ايتاء كل ذى حق حقه ، ومبدأ

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 9. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 4-6 — Du Pasquier, op. cit., No. 284. — Beudant, op. cit., Nos. 21-23. — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., No. 23. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 150, 151. — Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 3-4, pp. 19-21.

سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٦٦ . — حسن بغدادى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤ ، ص ٤٧ و ٤٨ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٣١ .

عدم الاضرار بالغير عن خطأ ، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع — ، وانما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا ، كما يستهدى الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة الى الغاية • فالقانون الطبيعى فى معناه الحديث اذن هو عبارة عن تلك الأصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانونى •

٦٥ — القانون الطبيعى والقانون الوضعى

يخلص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعى مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ؛ ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعدل ، التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان •

وهذه الفكرة — فى صورتها الأخيرة — تعبر عن حقيقة ينبغى التسليم بها ، وهى ضرورة وجود موجه للارادة الانسانية ، فتلك الارادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه مثالى تستهديه وتستلهمه ، يتمثل فى مثل أعلى للعدل • وهو مثل ماونيت الانسانية ولن تنى أبدا عن التطلع اليه والسعى الى تحقيقه •

والقانون الطبيعى على هذا الوضع — أى باعتباره موجها مثاليا للعدل — انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة • فليست الدولة حرة فى وضع القواعد القانونية على هواها • وانما هى تلتزم باحترام هذا الموجه المثالى ، لأنها ليست الا خادمة لفكرة العدل • ومن هنا كان المثل الأعلى للعدل هو جوهر القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس • فالقانون الوضعى ينبغى أن يطاع لا لأنه هو القانون الذى وضعته الدولة أو استنته الجماعة ، ولا لأنه هو القانون الذى ترصد الدولة على كفالة احترامه ما تملك من قوى مادية باطشة ، ولكن لأنه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الأعلى للعدل •

غير أن القانون الطبيعي لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون الوضعي وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وانما تمتد هذه الوظيفة وتنبسط ، اذ يبقى القانون الطبيعي هو الملاذ الذي يلجأ اليه القاضي ان التمس الحل في قواعد القانون الوضعي فأعوزه . فهو يوجه القاضي — كما وجه المشرع أو القانون الوضعي — الى جوهر القانون أي الى العدل الذي ينبغي أن يسود . وهو بذلك يمنع القاضي — كما منع المشرع أو القانون الوضعي — من التحكم والقضاء بغير العدل ، فيحفظ على القانون جوهره باعتباره مقيم العدل .

وقد نبهت تشريعات كثيرة الى ما لفكرة القانون الطبيعي من أثر وخطر باعتبارها تتضمن توجيها للقاضي الى المثل الأعلى للعدل يستلهمه فيما تقصر عن تناوله قواعد القانون الوضعي . ومن ذلك نص المادة الأولى (فقرة ثانية) من التقنين المدني المصري الجديد الذي يقضي بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . » .

وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلهام القاضي للقانون الطبيعي ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ونحن نبحث الآن في تكوينه . ودور القانون الطبيعي في هذا التكوين — كما أوضحنا — هو دور الموجه والملهم بما يتضمن من أصول مثالية للعدل . ولعل التعبير عن هذه الأصول باصطلاح « القانون الطبيعي » كان من العوامل التي ساعدت على مهاجمة الفكرة التي تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانوني ينبغي استلهامه ليدخل بذلك في تكوين القواعد القانونية . ومن هنا قد يكون من الأوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعي » اصطلاح « المثل الأعلى للعدل » أو « موجهات العدل المثالية » .

وأيا كان الأمر ، فالقانون الطبيعي — أي المثل الأعلى للعدل أو

موجهات العدل المثالية — يبقى اذن — فى منطق هذا المذهب — هو أساس القانون الوضعى وجوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ؛ وهو المكمل لما قد يظهر — عند التطبيق — من قصورها ونقصها من ناحية أخرى .

غير أن الاقتصار على المثل الأعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشطر من الحقيقة دون الشطر الآخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية . وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية ، لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذى اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن فى اتجاه مضاد ، فجعلت منه وحده جوهر القانون على ما سنعرضه الآن .

الفصل الثانى

المدرسة الواقعية

L'école réaliste ou positiviste

٦٦ – تمهيد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر ، فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل . وهذا المثل الأعلى — فى منطق تلك المدرسة — هو الذى يسبغ على القانون صفة الشرعية التى تخلق طاعته فى النفوس اختيارا بما يحمل من عدل وخير . وهو الذى يحل الالتجاء الى القوة فى سبيل أخذ المخالفين والمناقضين باحترام أحكامه ، اذ العدل دون قوة تسنده عدل أعرج ، فلا تثريب على قوة تكفل اقامته واقراره اذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة تعدل . فالمثل الأعلى عند المدرسة المثالية اذن انما يمكن للقانون كسلطان عدل لاكسلطان جبر .

غير أن القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فتذيع وتنتشر ، تلك هى الفلسفة الواقعية . وهى فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث انكارها لما تقوم عليه من تصور فكرى تراه هى ضربا من الحدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغى له من ضبط وثبات ويقين . ولذلك فهى لاتؤمن الا بالواقع المحسوس الملموس الذى تسجله المشاهدة تؤيده التجربة ؛ فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكدها مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهى بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح . وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تنتظم الآفاق جميعا ، ما يقبل نهجها ، وما يستعصى عليه على السواء . فنفذت الى

القانون تريد أن تخضعه لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكري لا يقوم على أساس من الواقع المشاهد المجرب .

ولقد استعلنت هذه الفلسفة الواقعية — بماديتها التي تجر اليها القانون — في مذهبين : مذهب نبت في المانيا في النصف الأول من القرن التاسع عشر ، هو المذهب التاريخي ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب « التطور التاريخي » ايضاحا لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطورا آليا . ومذهب ظهر في فرنسا وكثر أنصاره في وأخر القرن الماضي والثلث الأول من هذا القرن ، ثم فترت الحماسة له وضعف سنده في الفقه اليوم ، هو مذهب التضامن الاجتماعي الذي يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعي محض هو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع . ونعرض فيما يلي لكل من هذين المذهبين في مبحث على حدة، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الأول

المذهب التاريخي *
L'école Historique

٦٧ — تمهيد

نجد ارهاصات هذا المذهب في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند

---

* المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189-215. — Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Charmont, op. cit., pp. 77-95. — Del Vecchio, op. cit., pp. 136-141. — Du Pasquier, op. cit., No. 244. — Rommen, op. cit., pp. 140-146. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 106-114. — Saleilles, article précité. — Friedmann, pp. 119-123.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ — ٣٨ . — حسن بغدادي ، المرجع السابق ، فقرات ٣٧ — ٤٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ١٨٧—١٨٩ . — محمد على امام ، المرجع السابق ص ١٤٦ — ١٥٠ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرات ٣٣ — ٣٥ .

الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) ، فقد أظهر أثر البيئة فى اختلاف القوانين فى كتابه « روح الشرائع » ، اذ يقول : « ينبغى أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذى تخلق له ، حتى انه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أمة أخرى ... فالقوانين ينبغى أن تناسب طبيعة البلاد ... ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التى تحياها الشعوب ... ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم » «[١]» .

وكذلك فقد عبر الفقيه « پورتاليس » (Portalis) أحد واضعى التقنين الفرنسى فى مفتتح القرن التاسع عشر عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخى فيما بعد ، هى أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الارادة الانسانية ، حيث يقول : « تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن ، فهى ـ فى الحق ـ لاتصنع » «[٢]» .

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الأسس ، واضح المعالم هو المعروف باسم المذهب التاريخى .. وهو الذى ظهر على يد « سافينى » (Savigny) حين قام يحارب فكرة الدعوة التى ظهرت فى المانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدنى أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين فى هذا المجال .

فناهض ـ فى هذا الصدد ـ مذهب القانون الطبيعى وما يقوم عليه من مسلمات أولية لايتوافر عليها دليل من الواقع المــادى . وأظهر أن العبرة فى القانون هى بالقواعد القانونية السائدة التى تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة فى مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القــانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير فى الزمان والمكان ، يخضع فى ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقــا ومسايرا لتطور البيئة نفسها ، مما يستعصى معه تحديده وتثبيته فى تقنين تثبيتا يفضى الى جموده وقعوده عن مسايرة حركة التطور .

---

(١) Montesquieu, op. cit., Livre I, Chapitre III, pp. 10, 11

(٢) Cité par Beudant, op. cit., No. 122, p. 196.

٦٨ ـ تعاليم المذهب التاريخى .

القانون ـ فى منطق المذهب التاريخى ـ ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجات الجماعة ، وما يتفاعل فى وجدانها من عوامل .

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التى يحدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وانما هى كالسلسلة تتدرج فى حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن ، فيرتبط فيها الحاضر بالماضى ، ويمهد الحاضر للمستقبل . ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وانما هو ثمرة التطور التاريخى لهذه الجماعة ، وامتداد لماضيها ، وتسلسل لتراثها . فهو يتكون من عمل صامت مستمر جماعى يساير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفاتها الخاصة المتسلسلة منذ الأزل «[١]» .

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلغتها ، فهما ـ كأى مظهر من مظاهر نشاط الأمة ـ يخضعان لظاهرة التطور المساير لتطور الأمة نفسها . فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها بنفسها ؛ وتقاليدها ـ التى هى الميراث من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة ـ هى التى تسهر على حفظ القانون كما تسهر على حفظ اللغة ، وتشد القانون ـ كما تشد اللغة ـ فى تطورهما الى عربة الماضى حتى لايوجد فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم «[٢]» .

فالقانون عند المذهب التاريخى اذن انما ينبعث من جهد جماعى مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة . وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خاصة تفرقه عن قوانين الأمم الأخرى ، لأنه انما يتولد من الضمير الجماعى (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يتفاعل

---

(١) Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier, op. cit., No. 13, p. 110.

(٢) Roubier, op. cit., No. 13, p. 109.

ويرسب فيه على مر الزمن من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتهـا وميولها الخاصة . فهو يخضع في تكوينه ونموه اذن لتلك القوى الصامتة الخفية غير الواعية التي تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعى لكل أمـة ، ويتكون تكوينا ذاتيا آليا لا تفتعله ارادة انسانية أو تحوله عن طريقـة المرسوم »(١) .

ومن هنا كان العرف ـ في منطق هذا المذهب ـ هو الشكل الأكمل والأصدق للقانون ، لأنه تعبير مباشر آلى عن الضمير الجماعى الوطنى ، وهو بذلك يفضل التشريع الذى يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور المشرع اذن ليس هو خلق القانون ـ فالقانون يخلق نفسه ـ وانما لايعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن »(٢) ، دون أن يمتد اليه بتعديل أو تغيير . ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب للتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص ، حيث تقوم الخشية من أن يقف التشريع أو التقنين التطور التلقائى والجارى للقانون ، بتثبيت قواعده في نصوص جامدة »(٣) .

٦٩ ـ نقد المذهب التاريخى

تلك نظرة موجزة في بيان الأسس التى قام عليها المذهب التاريخى والتعاليم التى يدعو اليها . وليس في الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل في وصل القانون بالبيئة التى يحكمهـا وبالجماعـة التى يتوجه الى تنظيم الأمر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضـة . وبذلك أسهم المذهب التاريخى بنصيب موفور في بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور »(٤) .

---

(١) Capitant, op. cit., No. 6. — Roubier, op. cit., No. 13, p. 110.

(٢) Saleilles, article cité, p. 83.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 138.

(٤) Capitant, op. cit., No. 6. — Del Vecchio, op. cit. p. 139.

ولكن هذا المذهب أسرف فى ربط القانون بالجماعة اسرافا جعل من القانون مجرد نتاج آلى ذاتى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى ، أى من تلك القوى غير الواعيـــة المستكنة فى روح الجماعـــة ؛ فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعى وقدرته الارادية فى تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعه فى تكوين القانون ، الا أنه ينبغى عدم الاقتصار على رد جوهر القـــانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعى ، يوجد وعى الانسان وعقله، وهو ما يبصر بالغاية التى يجب على القانون استهدافها استيحاء من مثل أعلى يتمثله ويجتهد فى ترسمه . فالقانون — ليس كاللغة — عملا آليا يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانسانى — بما يستخلصه من مثل عليا — على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

فمن الخطأ اذن ما يندفع اليه هذا المذهب من قصر النظر — فى تعرف جوهر القانون — على ناحية دون أخرى ، مما يحصره فى نطاق الواقع الاجتماعى المحض الذى يخضع لسنة التطور التاريخى الآلى ، دون بصر بحقيقة دور الارادة الواعية والعقل الانسانى فى تكوينه «١» .

وكذلك فان هذا المـــذهب باغفاله كل جهد للانســـان فى تكوين القانون ، وقصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعى — باعتبار أنه يصدر عن هذا الضمير صدورا ذاتيا آليا — يقود الى نوع من الجبرية أو القدرية التى تقعد بالهمم عن الاسراع فى تطوير القانون ، ودفعه فى سبيل التقدم والرقى «٢» . فيمسك الأفراد وقوفا مكتوفى الأيدى انتظارا للتطور المحتوم — الذى يجود به الزمن فى صمت

---

(١) Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123. — Roubier, op. cit., No. 13, p. 111.

(٢) Roubier, op. cit. No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.
حسن بغدادي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .

وبطء اذا بلغ الضمير الجماعى الأجل المعلوم ، فاكتملت له محتمات هذا التطور — لايملكون له تحويلا ولا تعجيلا . فكأن القانون يمضي — دون وعى أو شعور — الى مستقر له مجهول ، ويندفع معصوب العينين اندفاعا ذاتيا الى غير غاية أو هدف معلوم . وفى ذلك ما فيه من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية التى تحكم الظواهر الطبيعية .

والقانون — كما سبق البيان — ليس من العلوم الطبيعية أو التقريرية حتى تصدق فى حقه قواعد السببية ، ولكنه من العلوم أو النظم التقويمية التى تفترض غاية معينة محددة تستهدفها الارادة الانسانية الواعية ، مما يتيح تقويم سلوك الأفراد وفقها ، والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التى ينتهى اليها المذهب التاريخى الفقيه الألمانى « اهرنج » (Jhering) ، ودفعته — وقد كان من أنصار هذا المذهب — الى مهاجمته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم مذهب « الكفاح » (Lutte) ، أو « الغاية » (But) .

وقد احتفظ فى مذهبه الجديد هذا بما يعتنقه المذهب التاريخى من خضوع القانون لظاهرة التطور ، ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية ، لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التى تتفاعل فى ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ، ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها ، ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون اذن انما هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هى حفظ المجتمع ؛ وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفى تكييفها — بما يكفل ادراك هذه الغاية — ارادة الانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا — كما يدعى المذهب التاريخى — ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعى وادرك »[1] .

(1) Charmont, op. cit., p. 89. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 111, 112.

ومادام القانون لايتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فتطوره لايتم غالبا فى يسر أو لين ؛ اذ يقوم التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة فى بقاء القانون وتطوره ، ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فيرتهن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع . والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والكفاح المرير فى سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها «١» .

وأيا كان الرأى فى مذهب اهرنج، واسرافه فى تحكيم الارادة الانسانية وحدها فى تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذى ترتهن نتيجته بالقوة لا بالعقل ؛ فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخى فى رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لاشعورية ، وتصور القانون مندفعا فى تطوره الى غير غاية معلومة .

غير أن المآخذ على المذهب التاريخى لا تقف عند هذا المدى . فيبقى أنه يدعو الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى القانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة «٢» . وهو بذلك يغفل حقيقة واقعة ، هى أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فثمة قدر مشترك من الأسس والأصول العامة بين قوانين الأمم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشري وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ؛ مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية .

---

(١) انظر فى ذلك قول « اهرنج » .

« Toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit, l'abolition de l'esclavage, de la servitude personnelle, la liberté de la propriété foncière, de l'industrie, des croyances, etc., ont dû être remportées au prix de luttes ardentes souvent continuées pendant des siècles; parfois se sont des torrents de sang, mais toujours se sont des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit ». [Jhering, Lutte pour le droit, cité par Charmont, op. cit., p. 86]

(٢) Roubier, op. cit., No. 13, p. 112.

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحت يربطه بخصائص الأمة وتاريخها . فثمة أمم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدها وتاريخها ، ونقلت عن غيرها من الأمم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها .

ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنيـــة القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية ، والنجاح الذى صادفه فى مصر — منذ الربع الأخير من القرن المـــاضى — تطبيق التقنينات المختلطة والأهليـــة المنقولة نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنينات الفرنسيـــة فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول .

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، فمجاراة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده .

هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف — ان صحت فى عصور الانسانية الأولى حيث يكاد يتكون القانون تكوينا آليا — فهى لاتصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من الحضارة شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الارادة الواعية العاقلة — بنصيب موفور — فى تسيير القـــانون — وتخير أصلح الوسائل وأقربها الى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم — فى أغلب الدول — هو الشكل الأهم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الآلى ، ولكن كارادة بصيرة قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون فى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات الى الأمام فى سبيل التطور والتقدم »(١) .

---

(١) Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 139, 140.

وأياً ما كان الأمر ، فقد أتيح للمذهب التاريخى الذيوع والانتشار فى القرن التاسع عشر ، ثم توالت عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له ، حتى غدا اليوم فى الفقه مزعزع البنيان قليل الأنصار ؛ وان بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التى ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد .

المبحث الثانى

مذهب التضامن الاجتماعى *

La Doctrine de la Solidarité sociale.

٧٠ — تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطلع فلسفة جديدة هى الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الآفاق ، فتخضع لنهجها كل معرفة انسانية ، دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو ارادية .

وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « ديجى » (Duguit) ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايمان ،

---

* المراجع :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1927. — Duguit, Leçons de droit public général, 1926. — Bonnard, Les idées de L. Duguit sur les valeurs sociales, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 7 - 19. — Charmont, op. cit., pp. 194 - 203. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 31, 33 - 38. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 115 - 133; t. IV, pp. 159 - 213. — Le Fur, Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 175 - 212. — Kira (H.), La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. — Réglade, Théorie générale du droit dans l'œuvre de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٤٥ — ٥٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ١٩٣ — ١٩٥ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٤٢ — ٤٦ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٧٣ و ٧٤ .

واعتنق منهاجها العلمى الواقعى الذى يقوم على المشـاهدة والتجربـة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة • فاجتهد فى اخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعى ، وتخلصـه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليهـا دليل مادى محسـوس • وأسس — فى سبيل ذلك — مـذهب « التضامن الاجتماعى » •

ولقد لقى هذا المذهب أول ظهوره حظا من الرواج عند نفر من الفقهاء استهواهم ما يقدم هذا النهج من دقة وتحديد ويقين ، تعين على اكساب القانون صفات الثبات والضبط والاحكام التى تنفرد بها العلوم الطبيعية • ولكن الجانب الأكبر من الفقه ظل مناوئا لهذا المذهب ، مهاجما له مهاجمة لا تخلو من عنف • وظل « ديجى » منذ أواخر القرن الماضى حتى مات عام ١٩٢٨ يدعو الى مذهبه ويخوض — للدفاع عنه — غمار خصـومات علمية عديدة ، لم تفلح فى زحزحته عن موقفه ولا أفقدته ايمانه بصواب دعوته • ثم فقد هذا المذهب بموت « ديجى » القوة الجبارة التى كانت تسنده وتذود عنه • فما لبث أن تصدع ، وقد تكاثرت عليه الهجمات ، ورجع أخلص أتباع « ديجى » وأنصاره عن كثير من تعاليمـه ، فضعف فى الفقه اليوم نصيب هذا المذهب من التأييد •

وأيا كان الرأى فى مذهب التضامن الاجتماعى ، وفى صحة النتائج التى ينتهى اليها ، فقد أتاح للفقه — بما أثار من مسائل احتدم بشأنها النزاع — حركة من النشاط الموفور ، عادت على القانون بنفع غير منكور •

٧١ — اسس مذهب التضامن الاجتماعى

لم يفتر « ديجى » — فى كل آثاره ومؤلفاته — عن الالحاح فى بيان منهاجه فى البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعى بحت ؛ وفى أن المنهـاج هو الكفيل وحده بتشييد نظرية علمية للقانون ، يختفى فيهـا التسليم ابتداء بأصول ومبادىء أولية تفرض فرضا أو يستخلصهـا جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس • فذلك عنده ضرب من الخيال والأوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل

التثبت واليقين ، الى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذى يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغى أن تتوافر للقانون — توافرها لغيره من العلوم — تحتم عنده اذن عدم الاعتداد والتسليم فيه الا بما تسجله « المشاهدة » (L'observatoin) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) »(١)« .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعى البحت بديجى الى احداث انقلاب شامل فى تصور القانون ، فينكر كثيرا من الأسس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها شخصية الدولة . وفكرة السيادة ، وفكرة الأصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية . وليس يعنينا فى هذا المجال أن نعرض — من ذلك كله — الا لانكار الفكرة الأخيرة ، فهذا الانكار هو الذى حدا بديجى الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبى ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعى .

يبدأ « ديجى » بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها . وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعى، لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع فلقد عاش فيه دائما ، وسيعيش فيه أبدا «(٢)» . وثانى هذه الحقائق أن الأفراد فى المجتمع تربطهم رابطة تضامن (Solidarité) : ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك أو التشابه » فى نفس الحاجات (Solidarité par similitude) . وكذلك فمقدرتهم وكفاياتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نوع من «التضامن بتقسيم العمل» (Solidarité par division du travail) »(٣)« .

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, pp. XV-XVIII; Leçons de droit public général, pp. 34 - 36.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 5, pp. 65, 66.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, § 7, pp. 85, 96.

فالانسان لايعيش اذن الا فى مجتمع ، والمجتمع يرتبط أفراده برابطة التضامن لأنهم لايستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لابد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو الخد الاجتماعى (norme sociale) الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعى ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته. والأصل الاجتماعى قد يكون مجرد أصل اقتصادى (norme économique) حينما يحكم نشاط الأفراد المتصل بانتاج وتداول واستهلاك الثروات ؛ ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققة فى الثروة . وقد يكون أصلا أخلاقيا (norme morale) ، يضع قواعد للآداب والتصرف فى الحياة الاجتماعية،ينبغى التزامها اذا أريد عدم التعرض لاستنكار الناس«١» .

وقد يرتفع الأصل الاقتصادى أو الأصل الأخلاقى الى مرتبة الأصل القانونى (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار الاجتماعى (contrainte sociale) عن طريق استخدام القوة المنظمة التى تحتكرها الحكومات اليوم فى الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار فى الجماعة .

ولكن متى يرتفع الأصل الاقتصادى أو الأخلاقى الى مرتبة الأصل القانونى الذى تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعى ؟ . لايسلم «ديجى» بأن الأصل يصبح قانونيا لمجرد ترتب اجبار اجتماعى على مخالفته ، والا انتهى الأمر الى أن تكون الدولة ـ وهى التى تحتكر سلطة الاجبار فى الجماعة ـ هى التى تخلق القانون ، مما يجعل القوة هى أساس القانون ؛ وهو ما لا يمكن قبوله . ولكنه يرى أن الأصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الأفراد المكونين للجماعة أن احترامه ضرورى لحفظ التضامن الاجتماعى ، وأن كفالة هذا الاحترام تقتضى استخدام قوة الاجبار الاجتماعى «٢» أى أن معيار الأصل القانونى أو أساس القاعدة القانونية

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 8, pp. 89 - 91.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 8, pp. 93, 94.

كان عند « ديجى » هو شعور جمهور الأفراد بالتضامن الاجتماعى ، وباختلاله ان لم تقف على كفالته قوة الجماعة المادية المنظمة .

ثم بدا لديجى فى أواخر أيامه — ازاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن الاجتماعى كأساس للقاعدة القانونية — أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل . وهو يحرص على التنبيه الى أنه لايقصد بهذا الشعور الأخير التعبير عن مبدأ أو مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل فى ذاتها — فذلك ضرب من المسلمات الأولية التى يطرحها — وانما يقصد به ذلك الشعور المبهم — فى قليل أو كثير — لدى جمهرة الأفراد فى المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل «(١)» .

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الأفراد ، فذلك لأنه كائن اجتماعى . ولكنه فى ذات الوقت كائن فردى ، عنده شعور أنانى أى شعور بنفسه وبأنه فرد له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لا فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الأفراد وبحقوقه التى يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الآخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها «(٢)» .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التى تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التى تولد عنده شعور العدل . ومن هنا كان أساس القاعدة القانونية — فيما ينتهى اليه «ديجى» — أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين: الأول هو «شعور الاجتماعية» (sentiment de la socialité) أو « شعور التضامن » (sentiment de la solidarité) ، والثانى هو « شعور العدل » (sentiment de la Justice) «(٣)» .

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 11, p. 119.

(٢) Duguit, op. cit., t. § 11, pp. 120, 121.

(٣) Duguit, op. cit., t. I, § 11, pp. 124, 125.

وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعى المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الأساس التقليدى الذى يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادىء أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجى » ليست هى تلك القاعدة التى توضع بالتطبيق لأصل أو مثل أعلى ، كما يدعى مذهب القانون الطبيعى ؛ ولا تلك القاعدة التى يقوم على كفالـة احترامهـا اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التى تعقد القانون بمشيئة الدولة ؛ ولكنهـا هى تلك القاعدة التى يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمـة لصيانة التضامن الاجتماعى ، وأن من العدل تسخير قوة الاجبار فى الجماعة لكفالة احترامها «[1]» .

٧٢ ـ نقد مذهب التضامن الاجتماعى

أول وأهم ما يرد من نقد على مذهب « ديجى » هو منهاجه الواقعى التجريبى الذى يريد أن يخضع له القانون . فان مثل هذا المنهـاج ، ان كان يصدق فى شأن الظواهر الطبيعية التى تخضع لناموس « السببية » (Causalité) حيث لا يتصور تخلف النتيجة ان وجد السبب ، فهو لايصدق فى شأن الظواهر الاراديه التى تخضع لناموس « الغاية » (finalité) حيث يتصور تخلف الارادة عن تحقيق الغاية المرسومة .

ذلك أن الظواهر الطبيعية مسيرة لامخيرة تتحقق آليا اذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الارادية فلا يوجد فى شأنها الا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الارادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء . فالقانون ـ وهو يحكم الظواهر الارادية ـ لا يملك اخضـاع الفرد قسرا لفعل معين ، كما يملك اخضاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، اذ ليس هو بقانون وجوده وانما هو قانون واجبه فحسب . والوجود ان كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا كذلك الواجب . اذ الواجب مفروض لادراك غاية مرسومة ، والغاية انما يتصورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ،

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 12, pp. 127, 128.

ويفرضهـا ــ كمثل أعلى ــ فرضا مسلما لايقبل النقاش .

ومن هنا ، فالقانون ــ وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة ــ انما يقوم سلوك الأفراد الحاصل فى العمل تقويما يوافق تلك الغاية . فهو لايقنع اذن باصدار **أحكام تقريرية** (jugements de réalité ou d'existence) تسجل الواقع الذى شهدت به التجربة، شأن العلوم الطبيعية، ولكنه يجاوز ذلك الى اصدار **أحكام تقويمية** (jugements de valeur) فى شأن الواقع أى يعطى للواقع قيمة معينة بالقياس الى مثل أعلى يفرضه العقل «[١]» . فالقانون لايقرر اذن ما هو كائن ، وانما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغى أن يكون ؛ أى ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشـاهدة والتجـربـة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

كل ذلك يفصح عن أن الـواجب لا يمكن أن يخرج من الـواقع ، أى أن القـانون لا يمكن أن يخرج من المشـاهدة والتجربة ، وانما هو أساساً عمل تقويمى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس . فاخضـاع القانون للمنهاج الواقعى التجريبى اذن ــ كمـا يفعل « ديجى » ــ انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته ، مما ينتهى به الى أن يستمد شرعيته فى النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهذا ما ينزلق

---

(١) راجع فى التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الارادية ، وفى التفرقة بين الأحكام التقريرية والأحكام التقويمية .

Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161. — Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, pp. 61 - 64. — Bonnard, Les concepts de la science et de l'Etat, Revue du droit public et de la science politique, 1943, pp. 234, 239-241. — Capitant (R.), thèse précitée, pp. 1 et s., note (1), pp. 90, 91. — Draghicesco, article précité, p. 245 et s. — Gény op. cit., t. I, Nos. 22, 30, 60. — Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, No. 94 et s. — Réglade, op. cit., p. 29 et s. — Réglade, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3-4, p. 165 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, p. 126 et s. — Kira (H.), thèse précitée, pp. 19 - 22.

اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أياً كان ؛ فهى عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا ، لأن هذا خير أو نافع أو تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن ؟ .. » «(١)» . فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ . «(٢)» .

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على «ديجى» أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبى الى ماوراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به «(٣)». فهو يقيم القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع متثبت منه بالمشاهدة والتجربة . ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا، فثمة واقع تجريبى آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع. فكيف تخير «ديجى» شعور التضامن دون شعور التنازع بين الأفراد ، وجعله أساسا للقاعدة القانونية ، الا أن يكون قد عمد الى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير الى التقويم ، فخرج من المحسوس الى ماوراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم الى نطاق الفكر «(٤)» .

هذا فضلا عن أن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أيا كان أو التضامن الطالح ؛ وانما الذى لاشك فيه أن « ديجى » قد قصد التضامن فى الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكما تقويميا

---

(١) Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16.

(٢) Kira (H.), thèse précitée, p. 34.

(٣) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. II, § 133, p. 264 et s. — Cuche (P.), Conférences de philosophie du droit, 1928, 2me conférence, pp. 52 - 58.

(٤) أنظر فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ .

على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير فى شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذى يلتزمه . فالتضامن اذن — كحقيقة واقعية تجريبية — لا يصلح أساسا للقاعدة القانونية الا باعطائه قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع وحده أساسا للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذى حمل « ديجى » فى أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقا أن يتيح له الأساس السليم لمذهبه، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذى يتمثله له جمهور الأفراد ، فلم يرتفع الى فكرة العدل فى ذاته كفكرة مثالية مجردة . ولا يحتاج مثل هذا النظر الى التدليل على ما يجر اليه من خطر تحكيم الأهواء والعقائد والنزعات ، اذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصى صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل ويفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن الفوضى والتحكم، الا اذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية.

ومن هنا ينبغى — فى تأصيل القانون — الاستناد الى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا الى واقع ما يتمثله جمهور الأفراد فى جماعة من الجماعات للعدل ؛ فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذى يخضع للأفراد حتى يرتهن بادراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك — كما يذهب « ديجى » — يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية — التى وجدت فى الجماعات القديمة ، والتى مازالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة — نظما عادلة ، لمجرد شعور الأفراد فى هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لايمكن التسليم به «[1]» .

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجى » يحتم منطقه جعل القاعدة القانونية رهنا بشعور وارادة أغلبية الأفراد . وهو ، وان كان يتحرز

(١) Kira, thèse précitée, p. 31.

من التصريح بذلك ، اذ يتكلم حينا عن « الاجماع » (unanimité) وحينا آخر عن « شبه الاجماع » (Quasi-unanimité) [١] ، وغالبا عن « جمهور الأفراد » (La masse des individus) «[٢]» ، الا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر اجماع الأفراد فى الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الاجماع على ذلك . فلا ينبغى اذن الا أن يكون المقصود هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح «جمهور الأفراد» الذى يكثر «ديجى» من ترديده . فكأن القاعدة القانونية فى مذهب « ديجى » تنتهى الى أن تكون هى تلك القاعدة التى يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعى يختل اذا لم يكفل احترامها ، وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة الاجبار الجماعى .

وتعليق الأمر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به فى شأن القاعدة القانونية ، فلا عبرة فى مجال الحقائق بقلة العدد أو وفرته . فالحقيقة توجد فى نفسها وجودا مستقلا عن وجودها فى شعور الناس ومعتقداتهم، بحيث لا ينتقص منها أو ينقضها أنه لايعتنقها الا قلة من الأفراد ، أو حتى أنه لايعتنقها أحد من الأفراد . فرغبة أغلبية الأفراد فى جماعة من الجماعات مثلا فى اباحة تعاطى المخدرات ، لاتثبت بحال من الأحوال فضل الاباحة على التحريم فى هذا الشأن . وفى العصور القديمة كان الاجماع أو شبه الاجماع منعقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام .

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بارادة الأغلبية — كما ينتهى الى ذلك فعلا مذهب « ديجى » — فيه مناقضة للغاية التى كان يسعى اليها « ديجى » من التفرقة بين «القانون الحقيقى أو الموضوعى» (le droit objectif) وبين « القانون الوضعى أو المطبق » (le droit positif) ، أى بين القانون فى

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, § II, p. 124.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 6, p. 81; § 8, p. 94; § 12, p. 127; § 13, p. 144.

ذاته وجوهره ، وبينه فى تطبيقه وايجابيته . اذ ينتهى الأمر عملا الى أن يكون القانون الحقيقى أو الموضوعى هو نفسه القانون الوضعى مادام أنه مرتهن بارادة الأغلبيــة ؛ وارادة الأغلبيــة — فى أكثر الدول اليوم حيث تسود الديمقراطية — هى التى تصنع أكثر قــواعد القــانون الوضعى — فتصبح القاعدة القانونية بذلك هى القــاعدة المطبقــة فى العمل . وتلك نتيجة تقرب من النتائج التى ينتهى اليها مذهب رد القــانون الى مشيئــة الدولة ، ذلك المذهب الذى حاربه « ديجى » نفسه وعارضه بمذهبه فى وجود قانون أعلى مستقل عن القانون الوضعى ، هو القــانون الحقيقى الذى يتكون فى شعور الأفراد .

وأيا ما كان الأمر ، فلم يتح لمذهب « ديجى » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه ؛ فظل الفقه فى كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعى للقــاعدة القانونية ، مما حمل أنصــاره — بعد موت صاحبه — على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه . ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور فى زعزعــة الاعتقاد الذى كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلى بحت بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعيــة ، وأثرها فى تكوين القانون ، فلا يتصور — فى تأسيس القانون وتأصيله — اغفال هذه الحقائق ؛ وان يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التى يسلم بها العقل ، كما فعل « ديجى » .

الفصل الثالث

الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية

٧٣ ـ ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف فى تصور جوهر القانون هما طابع فقه كل من المدرستين المتعارضتين : المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية • ومرد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى • فالمدرسة المثالية لاتبصر الا بالناحية الروحية فى الانسان ، فتنزلق الى الاسراف حين تتصور القانون مجرد عمل عقلى تفكيرى محض ، لا صلة له بالحقائق الواقعية التى تزخر بها الحياة الاجتماعية • والمدرسة الواقعية لاتبصر الا بالناحية المادية فى الانسان ، ووجوده المحسوس فى المجتمع ، فتنساق بدورها الى غلو عكسى صرف حين تتصور القانون مجرد عمل تجريبى بحت ، ينبع من واقع الحياة لا من عقل الانسان أو ضميره •

من أجل ذلك ينبغى ـ فى تصور جوهر القانون ـ النظر الى الناحيتين جميعا ، دون الاقتصار على ناحية منها دون الأخرى • فان يكن الانسان له وجود محسوس ككائن مادى ، مما يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمى واقعى تجريبى ؛ فينبغى عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحى يستعصى على المنهج التجريبى ، ولا يخضع الا لما يمليه عليه العقل ـ فيما وراء دائرة المشاهدة والحس ـ من غاية ومثل عليا ، وما يفرضه عليه من واجب توجيه نشاطه ومسلكه نحو ادراك هذه الغاية أو تحقيق تلك المثل •

فكلما أن الانسان مزاج من المادة والروح ، فكذلك القاعدة التى

تحكم سلوكه فى المجتمع . أى أن القاعـدة القانونيـة ـ فى مادتهـا وجوهرها ـ مزاج من حقائق الحياة الاجتماعية التى تسجلهـا المشاهدة والتجربة ، ومن المثل العليا التى يستخلصهـا العقل فيما وراء المحسوس ، أو هى مزاج من المعرفـة التى يكشف عنهـا العلم ، ومن التفكير الذى يستخلصـه العقل .

وهذا الازدواج فى طبيعة الانسان ، وما يستتبعه من ازدواج فى جوهر القاعدة القانونية ، قد أدركه « ديجى » نفسه فى أواخر أيامه ـ وهو زعيم القائلين بالمنهج التجريبى فى القـانون ـ فاعترف بأن الانسـان له ـ فضلا عن طبيعته الاجتماعية أو المادية التى تولد شعور التضامن الاجتماعى ـ طبيعة فردية أو روحيـة تولد شعور العدل . ولكنه لم يسر فى الشوط الى نهايتـه ، فالتوى به السبيل ، اذ ظل على التزامـه المنهج العلمى التجريبى حتى فيما تجرى به طبيعـة الانسان الروحيـة مما يجاوز دائرة المنظور والمحسوس ، فانتهى الى مسخ « العدل » من فكرة مطلقـة يستخلصهـا العقل ، الى مجرد شعور نسبى تسجله المشاهدة والتجربة . ففقد بذلك السند القوى الذى كان يفتقده مذهبه ؛ فظل هذا المذهب ـ رغم تنقيحه ـ أبتر أعرج .

فالقاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان فى المجتمع ، هى قبل كل شىء اذن قاعدة تقويمية : لاتقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعيـة عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقـويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضـه العقل من مثل أعلى . فالواقع وحده قاصر عن تكوين جوهر القـاعدة القـانونية أو تأسيسها ، لأن المشاهدة ـ ان كانت تملك تسجيل الواقع ـ فهى تعجز عن تقويمه ، اذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس .

فتنبغى اذن التفرقة بين الوجود والوجوب ، والتمييز بين ماهو كائن وبين ما ينبغى أن يكون . أما الوجود فيدرك بالحس والمشاهدة لأنه كائن واقع . ولكن ليس كل موجـود واجب الوجـود . ولا يمكن

بالمشاهدة تحديد ما يجب وجوده وما لايجب له الوجـود ، اذ المشـاهدة مجرد تحديد للوجود ، وهما سواء فى هذا الوجود . فلا مناص اذن من مجاوزة دائرة الحس والواقع لتحديد الواجب ، ليكون مناط الوجوب هو موافقة الموجود لما يفرضه العقل من مثل أعلى . ومن هنا يكون من المحال — والقاعدة القانونية تكليف بواجب — انكار دور العقل — بعيدا عن كل مشاهدة وتجربة — فى تكوينها وخلقها .

غير أن العقل ، ان يكن يسهم بنصيب موفور فى تكوين القـاعدة القانونيـة ، فلا يعنى ذلك أنهـا تصبح مجرد عمل عقلى تفكيرى محض لاصلة له بالواقع الملموس المحسوس كما تدعى المدرسـة المثالية ، والا انقلبت الى قاعدة نظرية بحته لا تصلح للتطبيق فى نطاق العمل فتكون ضربا من العبث أو الخيال . فلا يتصور اذن فى تكوين القاعدة القانونية اغفال ما تسجله المشاهدة والتجربة من حقائق الحياة الاجتماعية وما يتفاعل فيها من عوامل مختلفة .

فتكوين القاعدة القانونية اذن ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهـدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب فى شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى . فهو عمل عقلى علمى فى آن واحد .

وقد غدت كثرة الفقهاء الغالبة اليـوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجمع بذلك بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية .

ولعل من أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسى العظيم «جينى» (Gény) فاليه يرجع أولا أكبر الفضل فى التفرقة — بصدد تكوين القاعدةالقانونية — بين الجوهر والشكل ، فى مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى» (science et technique en droit privé positif) .فالجوهر أو المادة الأولية (donné) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية

طبقا لمثل أعلي معين ، والشكل أو البناء (construit) ، هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق فى نطاق العمل . وقد فضل « جينى » تسميه الجوهر أو المادة الأولية : « العلم » (science) وتسمية الشكل أو البناء : « الصناعة » أو « الصياغة » (technique) . وقد رسخت هذه التفرقة بين الجوهر والشكل أو بين العلم والصياغة ، حتى صارت اليوم من الأسس التقليدية المسلمة فى فقه أصول القانون .

وليس يعنينا فى هذا الفصل الا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسميه « جينى » : « العلم » . وينبغى التنبيه فى هذا المقام الى أن اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جينى » المعنى الضيق الذى يقصده أنصار المدرسة الواقعية ، أى المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة ؛ بل يقصد به المعنى الواسع أى كل معرفة منطقية منهجية تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج — فى تصوره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنصر العلم فيها — بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية ، فيرد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبى وبعضها عقلى . ولا زالت هذه الحقائق التى بسطها « جينى » هى الأساس الذى يقوم عليه فى الفقه الحديث اليوم تعرف العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، مع خلاف يسير فى التفصيل أو التقسيم . فنعرض أولا لمذهب « جينى » ، لننتهى الى بسط ما يستقر عليه جمهور الفقهاء المحدثين من رد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعى وعنصر مثالى .

وعلى ذلك نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول — فى العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى » .

المبحث الثانى — فى عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الأول

العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى »

يرد « جينى » العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية الى أربعة : حقائق واقعية أو طبيعية ، وحقائق تاريخية ، وحقائق عقلية ، وحقائق مثالية . فنعرض لكل منها على التوالى فيما يأتى .

٧٤ ـ الحقائق الواقعية أو الطبيعية (données réelles ou naturelles)

هى تلك الحقائق التى تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس فى الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين الانسان العضوى أو الجسمى ؛ وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو الشعور الدينى ؛ وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى سياسية أو اجتماعية (١) .

غير أن هذه الحقائق الواقعية لاتخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الأقل تكون البيئة اللازمة لنشوئها ، فهى اذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها فى الاعتبار ، ان لم يكن لشىء ، فلتثبيت الوضع الذى تعرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها ابتداء (٢) .

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى ، يمكن ارتباطهما ارتباطا من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، تثير مسألة التنظيم القانونى لمثل هذا الارتباط . واذا كانت هذه الحقيقة لاتستطيع بمفردها تحديد

---

(١) Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, No. 167, p. 371.

(٢) Gény, op. cit., No. 167, pp. 371, 372

قواعد الزواج ، فهى على الأقل تبين فكرته ، لتوضح مثلا أن هذا الارتباط — أيا كانت القواعد التى يجب أن تحكمه — لايمكن أن يوجد — بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس . وكذلك فان الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى ، تقود الى التسليم باختلاف فى المركز القانونى بين الزوج والزوجة فى هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية فى التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضييقه «[١]» .

وكذلك فان مسألة النسب التى ينحصر تنظيمها القانونى أساسا فى مشكلة الاثبات ، تختلف مطالب القانون فى شأنها باختلاف نسب الأمومة أو نسب الأبوة ، تبعا لاختلاف حقائق الواقع فى هذا الصدد . فنسب الأمومة يتأتى اثباته دون عناء من واقعة محددة شائعة يسيرة التسجيل هى واقعة الولادة . أما نسب الأبوة ، فيستعصى على الاثبات المباشر الايجابى ، نظرا الى أن مصدره يحوطه الغموض والابهام بالطبيعة . وبذلك تخضع القواعد القانونية فى هذا الشأن خضوعا محتوما لمثل هذه الاتجاهات الواقعية التى لايتأتى اغفالها أو اهدارها «[٢]» .

وهذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهى حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق . وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فنى مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الارادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لانشاء القاعدة القانونية ، وان لم يجعلها كافية وحدها لتبريرها والاستقلال بخلقها «[٣]» .

---

(١) Gény, op. cit., No. 167, pp. 372, 373.

(٢) Gény, op. cit., No. 167, p. 373.

(٣) Gény, op. cit., No. 167, p. 375.

٧٥ ـ الحقائق التاريخية (données historiques)

تشمل هذه الحقائق ما تكون من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك فى المجتمع ، ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها تراثا مكتسبا لايمكن اغفاله أو التحلل منه كليا فى تكوين القانون«[١]» .
وهذا التراث التاريخى من الأوضاع القانونية ، لا يتكون ـ كالحقائق الواقعية ـ من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قــواعد متكونة جاهزة ، صالحة لتوجيه نشاط الأفراد فى المجتمع «[٢]» .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم ـ باستقراء الحقائق التاريخيـــة وحدهـــا ـ فى شكل الـــزواج ، أى فى شكل نظـــام محكم الشروط والآثار ـ على اختلاف فى ذلك بحسب الزمان والمكان ـ ، وخاضع دائما لرقابة سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية . فمثل هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعامل المدة الذى يضاف الى الحقائق الواقعية فيكسبها قوة وهيبة .

وكذلك فان وسائل اثبات النسب تكمل وتحدد ، فى عناصرهـــا الطبيعية ، بالأحكام التشريعية أو العرفية التى تجمعت على مر الزمن وأصبحت اليوم جزءا من التراث القانونى المكتسب ، والتى تجمعها ـ رغم الاختلافات المحلية ـ أفكار عامـــة مشتركـــة ؛ مثل قاعدة « الولد للفراش» أى يثبت نسبه لزوج الوالدة ، والقواعد التى تضع قرائن قانونية على أدنى وأقصى مدة الحمل «[٣]» .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية فى تكوين القانون . اذ يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانونى جديد . فهى نتيجـــة خبرة تولدت عن طول التجربة ، مما يجعل لها حجية مسلمة ، ليست بالمطلقة

---

(١) Gény, op. cit., No. 168, p. 376.

(٢) Gény, op. cit., No. 168, p. 377.

(٣) Gény, ibid.

ولا الدائمة ، ولكنها حجية مؤقتة ، لاتصد عن التطور ، وان تكن تعصم من الاندفاع أو التهور «[١]» .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ؛ فالتاريخ ليس سوى التجربة التى مرت بها الانسانيــة ، فيكون الشــأن فى تعرفه وتسجيله الى مجرد المشاهدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون أساسا راسيا ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسيــة — كنظام الملكية الفردية الذى مازال أساسه العقلى محل خلاف كبير — تجد سندها فى التطور التاريخى الذى خرجت منه «[٢]» .

٧٦ — الحقائق العقلية (données rationnelles) .

لا تكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخيــة لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الأفراد فى المجتمع توجيها مقنعا . فمثل هــذا التوجيه — الذى يخضع لحكم الارادة العاقلــة للانسان — لا يمكن التماسه أو إستخلاصــه من حقيقــة الواقع أو من حجية التقليد وحده ؛ وانما هو يلتمس فى أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملائمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون «[٣]» . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقليــة بالنصيب الأكبر المرجح فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند « جينى » الجوهر الأساسى لفكرة القانون الطبيعى ، أى قواعد السلوك التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن اتصاله بالناس فى المجتمع . وهى بوصفها تفرض على العقل أو الذهن ، وتوافق مقتضيــات الأشيــاء ، تكون محتومة ، كما تكون عالمية ثابتة «[٤]» .

---

(١) Gény, op. cit., No. 168, p. 378.
(٢) Gény, op. cit., No. 168, p. 379.
(٣) Gény, op. cit., No. 169, p. 380.
(٤) Gény, op. cit., No. 169, p. 381.

ورغم أن الحتمية التى تحكم هذه الحقائق ليست مادية ــ كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية ــ بل معنوية محضة ، فهى أهل ــ نظرا الى موضوعها ــ لتكوين القانون الطبيعى بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود . ولكن « جينى » يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد يثيره تسميتها بالقانون الطبيعى من خلط فى الأذهان ، ولأن العقل هو الأداة المستعملة فى استخلاصها . ورغم ذلك ، فهى تظل تعنى تلك المبادىء التى يستخلصها التمحيص العقلى لحقائق الواقع والتاريخ ، فى سبيل توجيه سلوك الأفراد فى المجتمع . ولكنها ــ حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى فى تكوين القاعدة القانونية ــ ينبغى ألا تتضمن من المبادىء أو القواعد الا ما يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضه فرضا محتوما ، دون بسطها على غيرها من المبادىء التى تخص مطامح أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية اذن تتضمن المبادىء الضرورية لا الكمالية «١» .

فطبيعة الانسان ــ كما يفسرها العقل ــ تحتم مثلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لأسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشىء عن الرضا والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من أولاد «٢» . فليس لمجرد الارتباط الوقتى أو العابر بين الجنسين اذن ــ فى منطق الطبيعة والعقل ــ أية صفة شرعية.

ولكن الحقائق العقلية لاتجاوز مثل هذا القدر الضرورى المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجية ، ولا أبدية الزواج وعدم قابليته للانفصام ، ولا تحريم الزواج ببعض الأقارب من غير الأصول أو الفروع . فانه وان تكن مثل هذه

---

(١) Gény, op. cit. No. 169, pp. 381, 382.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, 382.

المبادىء جديرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو فى التفكير الأخلاقي وأهلا لتصير بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائما فى نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقليـة بطبيعتها انما تقتصر على النطاق الصرف للعقل، فلا تتضمن الا القواعد التى يستخلصها العقل دون منازعة ، من طبيعـة الانسان وطبيعة الحياة فى المجتمع «١» .

ويعترف « جينى » للحقائق العقلية بصفة علمية ــ لا بالمعنى الدقيق ــ ولكن بالمعنى الـواسع المعبر عن كل نشـاط أو جهد عقلى تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الأشياء بوسائله المسلمـة الخاصـة فى المعرفـة ، دون الوسائل المنازع فى قيمتها . وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقليـة من أن تضع من القواعد ماتفرضـة فرضا جازما يعادل جزمه وحتمه الحتم المادى الملازم للحقائق الواقعية أو الطبيعية ، وان أمكن مع ذلك تصور جحدها وانكارها فى الواقع . ومن هنا تكون لها الغلبة على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس للحقائق المثالية التى تستهدف الكمال بها «٢» .

٧٧ ــ الحقائق المثالية (données idéales)

يستطرد « جينى » فيذكر أنه ينبغى الاعتراف ــ الى جنب الحقائق السابقة ــ بنوع آخر من الحقـائق يجمع ويركز كل الآمال والمطـامح الانسانية فى التقدم المطرد للقانون . فخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحياة الواقعية، أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ، تبدو جملة اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسيـة ، لا تقرر قـواعد سلـوك جديدة ، ولكنهـا تتضمن بعض

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, pp. 382, 383.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 384.

الاتجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية للنظـام القانونى والعـلاقـات القانونية . فهذه حقائق مثالية محضة ، لأنها لا تعبر عن وقائع محسوسـة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ولا عن تراث تاريخى مكتسب ؛ ولكن عن رغبة فى التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المبادىء الكمالية، زيادة على ما يفرضه العقل من مبادىء ضرورية . فهذه الحقائق انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها درجـة المدنية والشعور العام فى الجماعة «١» .

ومن أمثلة هذه الحقـائق المثاليـة مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه الحقائق لايفرضها العقل كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كمالى لنظام الزواج . فليس ينفى العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى بالاكتفاء بزوجة واحدة ، وبدوام رابطة الزوجيـة قائمـة لايحلها الا المـوت .

وكذلك فان الحقائق المثاليـة تقوم بدور معين فى تصفيـة وسـائل اثبات النسب ، سواء عن طريق تيسير اثبات الأمومة الشرعية بما يمنع التعسف والانحراف فى شأنها ، أو عن طريق تعزيز قرائن الأبوة بالحد من حالات انكارها وجحدها ، أو عن طريق التضييق أو التوسعة من وسائل اثبات البنوة الطبعيـة بما يوافق تيارات الأفكار السائدة «٢» .

وكون مثل هذه الحقائق المثالية ، لاتمثل مقتضيات عقلية مطلقة ، وانما مجرد أمانى أخلاقية أو اجتماعية للمدنية فى الجماعة ، لا يجعل لها صفة عالمية أو خالدة «٣» ؛ كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التى لها من اطلاقها وموضوعيتهـا ما يضمن لها العالميـة والثبات والخلود .

(١) Gény, op. cit., No. 170, 384, 385.

(٢) Gény, op. cit. No. 170, p. 386.

(٣) Gény, op. cit., No. 170, p. 387.

ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك فى عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، الا أن من العسير اعطاءها بوجه عام صفة علمية بحتة . فهى لاتأتى من معرفة عقلية ، ولكن من تلك القوى غير الواضحة التى تندرج تحت اسم الايمان أو العاطفة والتى تحدد بطريقة غامضة — وان تكن مؤكدة — ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وارادات مشتركة ، مما يضفى على هذه المعتقدات والارادات صفة موضوعية كافية . وليس المقصود بذلك هو الرأى العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية ، التى قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين ؛ وانما المقصود هو تلك القوى التى تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلا لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التى تكشف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية «١» .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجية التى تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أى حال تقوم بدور أساسى لا يمكن اغفاله ، فى تكملة هذه الحقائق الأخيرة . بل هى — فضلا عن ذلك — تؤدى الى التخفيف من صرامة النتائج التى قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الأسمى الذى تفرضه مطامح الانسان الواسعة المتطورة . وهى قد تتيح كذلك تغيير بعض النظم التى تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتى لم تعد تساير درجة التقدم والمدنية التى بلغتها الجماعة .

فمثلا يقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ فى

---

(١) Gény, ibid.

جانب من تسبب فى احداث هذا الضرر • ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدى فى بعض الحالات الى نتائج ظالمة • فبعد انتشـــار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجــة استعمـــال الآلات ، وكان من المتعذر على العمـــال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل أو صـــاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصـــابــة • فهنا تدخلت نزعة العصر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجــة الظالمــة ، بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ فى جانب رب العمل • فالنزعة المثالية هنا خففت اذن من نتائج الصرامــة العقلية ، بالتأثير فى العقل عن طريق تغيير اتجاهه الأولي الى معني أكثر موافقة لضرورات الوقت الحالى «[١]» •

٧٨ ـ الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هى الحقائق الأربع التى يراها « جينى » مكونة لجوهر القاعدة القانونية • ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقليـــة هى أهمها جميعا • اذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ـ كأساس محكم لكل الجوهر ـ لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشـــاط ذهنى أو شخصى • والحقائق المثاليـــة لاتتدخل الا للسمو بالقواعد التى يفرضها العقل مستنيرا بالواقع أو التاريخ • وعلى هذا النحو ينتهى « جينى » الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هى أساسا عمل عقلى ، والحقائق العقليـــة هى التى توقفنا على فكرة العدل التى تعين على اقامة النظـــام والأمن فى الحياة الاجتماعية «[٢]» •

يخلص مما تقدم أن « جينى » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهى

---

(١) Gény, op. cit., No. 170, p. 388.

(٢) Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390.

عنده الأساس الجوهرى للقاعدة القانونية • وهذه الحقائق تعتمد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية • والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت فى الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخى يسلكها فى سلك التطــور الاجتماعى • وهذا التطور لايتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعــة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل •

فالأساس اذن هو الحقائق العقلية التى تدخل فى اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية • ومن هنا يفهم منطق « جينى » فى استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعى فى تكوين جوهر القاعدة القانونية ، أى فى استلزام وجود قواعد يستخلصها **العقل** من **طبيعة** الأشياء التى يعتبر الانسان جزءا منها ، ترتفع عن ارادات الأفراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية ، حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها «[1]» •

المبحث الثانى

عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية

٧٩ ـ ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى » هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لها كلها • فهو نفسه يعترف بأن من العسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية ، اذ هى انما تتولد من قوى مبهمة غير واضحة كالعاطفة والايمان • وهو لايصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بمجاوزة المعنى الدقيق لاصطلاح «العلم» وبسطه الى كل معرفة منطقية منهجية ، دون تقيد بأن تكون معرفة تجريبية • ومن هنا ، فلا يبقى من حقائقه الأربع ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحى

---

(١) Gény, op, cit., No. 176.

الدقيق الا النوعان الآخران من الحقائق ، أى الحقائق الواقعية أو الطبيعية، والحقائق التاريخية ؛ فهذه حقائق تجريبية محضة تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من العسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هى تراث تاريخى قد اكتسبته الجماعة على من الأجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعة المحيطة بها . وكذلك الشأن فى التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الأولى تبعا لاطراد نزعة الكمال والتقدم «[١]» .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب أن يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديده بما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا يمكن اختزال حقائق « جينى » الأربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

(١) حقائق علمية تجريبية ، تخضع للمنهج التجريبى البحت ، فتضم بذلك مايسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية،والحقائق التاريخيةعلىالسواء.

(٢) حقائق عقلية تفكيرية ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .

وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها . فالقاعدة القانونية ــ كما سبق البيان ــ انما هى تكليف بواجب، ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تعيين مايجب منه وما لا يجب ؛ وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى ، تقويما يتعين به الواجب فى شأن هذا الواقع . أما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل فى

---

(١) Emmanuel, L'idée du droit, Essai sur quelques conceptions contemporaines, 1937, p. 113.

نطاق المحسوس ، أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلميــة التجريبية • وأما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية فى ذاته ؛ والمثل الأعلى لايستخلص من المشاهدة ولا من التجربة ، فهو من عالم ما وراء المحسوس ، يستخلص بالعقل ؛ مما يضيف الى الحقائق العلميــة التجريبية ، حقائق أخرى عقلية تفكيرية •

فالقانون اذن ليس عملا علميا بحتا كما تذهب الى ذلك المدرســة الواقعية ، ولا هو عمل عقلى تفكيرى بحت كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية • ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمى ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريرا علميا على ضوء المشاهدة والتجربة• وهو عمل عقلى ، اذ يحتــاج الى تقــويم هذا الواقع ــ خــارج نطاق المحسوس ــ تقويما عقليــا بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض الــواجب على الأفــراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية • والتقويم عمل أدخل فى باب الفن • ولهذا جرى القول بأن القانون علم» « science » (حين يقرر الواقع) ، و « فن » « art » (حين يقوم الواقع) «[1]» • ودور الفن فى القانون أكبر من دور العلم ، اذ الأساس هو التقويم ، وان يكن التقويم لايستغنى عن الواقع لأنه يرد عليه •

ومن هنا نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم ، وعنصر الفن ؛ أو عنصر الواقع (réel) ، وعنصر المثال (idéal) : أما عنصر الواقع فيعبر عن حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تعرف بالمشاهدة والتجربة • وأما عنصر المثال فيعبر عن المثل الأعلى للعدل الذى يستخلصه العقل وتقوم حقائق الحياة فى الجماعة وفقه • فنعرض فيما يلى لكل من هذين العنصرين فى مطلب على حدة •

---

(١) انظر فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 53.

المطلب الأول

العنصر الواقعى التجريبى أو حقائق الحياة فى الجماعة (١)

٨٠ — تمهيد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولا تحليل عناصر الحياة فى الجماعة لاظهار مختلف الحاجات التى ينبغى من بعد اشباعها بما يحقق المثل الأعلى للعدل . فينبغى البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لايتأتى الا باتباع منهج تجريبى علمى بحت ، أى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية . وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى .

٨١ — العوامل الطبيعية (facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان . فتحديد سن الأهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع اذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعا لكثرة أو قلة النسل ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجانب جنسيتها ، فتشجع التجنس أو تحد منه ؛ فشروط التجنس مثلا فى فرنسا أيسر منها فى مصر ، اذ يقل النسل فى الأولى ويتضخم فى الثانية . وتبعا لموقع المجتمع يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع ؛ فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطىء ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163-170. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 79-90. — Marty et Raynaud, op. cit. No. 54.

غيره من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم «[١]» .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فشخصية الانسان تبدأ مثلا بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته . والميلاد يكسب الشخص اسما ولقبا معينا ، وغالبا مايكسبه جنسية معينه.والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية، فتنتقل أموال المتوفى طبقا لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم «[٢]».

وكذلك فان الظاهرة المسجلة من أن الفرد كائن ذو ارادة ، تجعل من اللازم الاعتراف لهذه الارادة بقدرتها على انتاج الآثار القانونية . ولكن لما كان الثابت أن الارادة لاتتوافر لكل الأفراد بنفس المدى والقدر ، نظرا لتفاوت السن بينهم من ناحية وتعرض البعض منهم لعوارض مختلفه قد تعدم الارادة أو تنتقص منها من ناحية أخرى ، فان ذلك يولد الحاجة الى قواعد قانونية خاصة بانعدام أهلية التصرف ونقصها ، وحماية عديمى الأهلية وناقصيها ومن فى حكمهم بتنصيب أولياء أو أوصياء أو قوام عليهم، تكون لهم ولاية التصرف باسمهم ونيابة عنهم «[٣]» .

٨٢ — العوامل الاقتصادية (facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تنبغى الاحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، اذ أن حاجات الأفراد الاقتصادية من انتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانونى معين .

وقد غدت العوامل الاقتصادية فى العصر الحديث أكبر أثرا فى القانون عن ذى قبل ، فنمو وانشاء بعض فروع النشاط الاقتصادى قد أدت الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية . فازدياد أهميـة التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود التأمين والنقل.

---

(١) De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 85.

(٢) De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 85.

(٣) Marty et Raynaud, ibid.

وتجمع رءوس الأموال فى الصناعات فى الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانونى للشركات المساهمة «١» • وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضى ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم فى مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ما صدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال ، تنظيما يكفل التوازن بين هاتين القوتين •

غير أنه ينبغى عدم الاسراف فى تضخيم أثر العوامل الاقتصادية فى تكوين القانون ، أو جعلها هى العامل الأساسى فى هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الأخرى ، كما تدعى ذلك المدرسة الماركسية «٢» • فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد فى الجماعة ، اذ لاتقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية للأفراد فحسب • فضلا عن أن القانون لايخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية خضوعا محتوما ، بل هو يهيمن عليها ، بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة العدل «٣» •

٨٣ ـ العوامل السياسية والاجتماعية (facteurs politiques et sociaux)

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة فى المجتمع ، دون تعرض لقيمتها ، فنحن بعد فى مجال تسجيل الواقع لا فى مجال تقويمه• ولذلك فمعرفة مايوجد فى المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هى معرفة تجريبية بحتة تقوم على المشاهدة ، أى معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحى الدقيق مما يدخلها ضمن حقائق الحياة فى الجماعة ، أى ضمن العنصر الواقعى لا المثالى لجوهر القاعدة القانونية •

---

(١) De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 115.

(٢) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit. No. 18, p. 164.

(٣) فى هذا المعنى :
De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 112.

والواقع أن كثيرا من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة أسهمت بنصيب كبير فى خلق بعض النظم القانونية . فالأفكار الاجتماعية التى كانت سائدة فى القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الأحرار وطائفة الرقيق . والأفكار السياسيـــة والاجتماعية التى كانت سائدة فى القرون الوسطى ، خلقت نظـــام الاقطاع وأقامت على أساسه جملـــة القواعد القانونية .

وكذلك فان المعتقدات الطبقية التى كانت سائدة قبل العصر الحاضر، فصلت كل طبقة عن الأخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الأشراف خاصة الى تحصين نفسها ضد كل دخيل عليها ؛ فوجدت قواعد قانونية تحصر الارث فى ابن الأسرة الأكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لاتذهب أمـــوال الأسرة الى أزواجهم ، وقد يكونون من الطبقـــات الأخـــرى . وكذلك وجدت قواعد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطها بالتزاوج ، فقيد انعقاد الزواج ـــ فى كثير من الأحيان ـــ بضرورة ترخيص الوالدين به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الأولاد «(١)» .

ومن الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية ، ما كان له أكبر الأثر فى حياة الأمم وتغيير نظمها القانونية . فظهرت مع الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة؛ وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير فى بناء النظـــام القانونى لفرنسا الحديثة . وظهرت مع الثورة الشيوعية فى روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة ؛ وعلى أساسها قام نظام الحكم هناك وانحصر فى الحزب الممثل لهـــذه الطبقة . ومازالت سائدة فى الولايات المتحدة الأمريكية الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الأفراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك .

كل هذه الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية السائدة فى المجتمع

---

(1) Roubier, op. cit., No. 18, p. 169.

ــ والتى تختلف بطبيعتها بحسب الزمان والمكان ــ لا يمكن اغفال أثرها فى تكوين القاعدة القانونية ؛ ولذلك تنبغى الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة • وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد فى المجتمع من مثل هذه المعتقدات والأفكار ، بل هى توافقها على المثل الأعلى للعدل ، وتخضعها لحكمه ؛ وكثيرا ما تضطر الى محاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق العدل ، الذى هو غاية القانون •

٨٤ ــ العوامل الدينية والأخلاقية (facteurs religieux et moraux)

يقصد بذلك التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة فى الجماعة ، أو التيارات الدينية والأخلاقية الجارية فيها • فمثل هذه التقاليد والتيارات، تعتبر فى مقدمة حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تحدد وتوجه حاجاتها • ومن ثم لايمكن اغفال أثرها فى تكوين القاعدة القانونية ، وان يكن هذا الأثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات •

فالاحاطة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم اذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانونى • ولكن أيا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الأخلاقية من قوة فى الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة وانما يبرزها ويقدمها بين يدى المثل الأعلى للعدل الذى يخضعها ــ من بعد ــ لحكمه •

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير فى تعدد جهات الاختصاص القضائى فى مصر وفى تحديد المقصود باصطلاح « الأحوال الشخصية » فى القانون المصرى تحديدا واسعا يبسطه على كثير من الأوضاع التى تعتبر بحسب طبيعتها من الأحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميرات والوصية والنفقة ؛ واخضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الدينى المختلفة بحسب ديانه الخصوم •

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والأخلاقية أثر بارز فى تحريم الطلاق فى قوانين الدول الغربية الى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأتيح الطلاق فى أكثر هذه الدول . ولكن الأمر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقى لهذه التقاليد من قوة وأثر فى النفوس . فظل الطلاق حبيس هذه التقاليد ، تحكمه كثير من الاجراءات والقيود .

٨٥ ــ الحقائق التاريخية (facteurs historiques)

يقصد بها التجارب التى مرت بها الجماعة،ومرت بها نظمها القانونية. وهى بهذا الوصف ــ كخبرة صقلها الزمن ــ تدخل فى الاعتبار عند تكوين القواعد القانونية ، بل قد يكون لها ــ فى بعض الأحوال ــ دور مرجح فى شأن هذ االتكوين ، كما سبقت الاشارة الى ذلك من قبل .

فدور العوامل التاريخية اذن فى تكوين القواعد القانونية ، دور غير منكور . ولكن من الاسراف الادعاء ــ كمـا يفعل المذهب التاريخى ــ ببناء القواعد القانونية على أساس تاريخى بحت .

المطلب الثانى

العنصر المثالى العقلى أو المثل الأعلى للعدل (١)

٨٦ ــ تمهيد

لا تكفى حقائق الحياة فى الجماعة لتكوين القاعدة القانونية ، لأن هذه الحقائق ليست الا مجرد حقائق واقعة ، والقاعدة القانونية هى تكليف

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 94 - 108. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 217 - 262. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 50 - 65. — Duguit, op. cit., t. I, § 11. — Gény, op. cit., t. II, Nos. 171-174. — Esmein, article précité, pp. 146-154. — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43-71. — Réglade, op. cit., pp. 45-46, 50-55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn, op. cit., pp. 1-54.

بواجب ، وليس كل ما هو واقع واجب . من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق — حتى تصبح واجبة ، أي حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية — أن تلحقها قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعيدا عن كل تجربة أو مشـاهدة حسيـة ، بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل .

ومن هنا كان لابد لتكوين القاعدة القانونيـة من عنصر مثالى فوق العنصر الواقعى . فاخضاع الواقع للمثل الأعلى وهو العدل ، وموافقته عليه ، يعطيه صفة الواجب أى يجعله قانونيا .

ولكن ما هو المثل الأعلى للعدل ، أو ماهى فكرة العدل فى ذاته ؟ ؛ ذلك العدل الذى خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان ، وفقهاء الرومان ، والمبرزون من رجال الكنيسية فى العصور الوسطى ، حتى جرت بعض أقلام الفقهاء فى العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ .

والواقع أن العدل — فيما ثبت عليه من معنى قديم — هو احدى الفضائل التى تتلخص فى اعطاء كل واحد حقه، أو ما هو خاص به، أو ماهو واجب له «[1]». وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام، اذ يتساوى كل ذى حق فى المطالبة بحقه ، واقتضاء ما يجب له. وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى . ولكن تعريفه على هذا النحو ، يكاد — لفرط عمومه واطلاقه — يقصر عما ينبغى له من ضبط وتحديد واحكام ، وان يكن من العسير — فى أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلغه فكرة العدل — العثور على تعريف محكم جامع مانع .

من أجل ذلك ، تنبغى الاستعانة — فى سبيل توضيح فكرة العدل —

---

(١) انظر ما جاء فى مدونة جوستنيان من أن « العدل (هو) حمل النفس على ايتاء كل ذى حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » . (عبد العزيز فهمي ، مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى ، ص ٥) .

ببيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة . وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء ــ الأقدمون منهم والمحدثون ــ حين قسموا العدل وردوه الى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذى يجب له العدل : فثم عدل يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو العدل التبادلى . وثم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ، وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى العدل التوزيعى ، واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيعرف بالعدل الاجتماعى ؛ فنعرض بايجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلى .

٨٧ ــ العدل التبادلى (La justice commutative) «١»

يقصد بالعدل التبادلى ذلك العدل الذى يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد . وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة . اذمادام للأفراد جميعا نفس الطبيعة ــ لأن كلا منهم انسان كالآخر ــ فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة ، مساواة حسابية بحتة، لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم.

والأصل فى العدل التبادلى عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتى تولد التزامات متقابلة بين أطرافها . فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين السلع والمنافع والخدمات المتبادلة ، وهو ما يخول لكل طرف الحق فى مطالبة الآخر بالالتزام الواقع عليه قبله فى شأنها ، واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ؛ فالمشترى يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه؛ وفى مقابل ذلك يقتضى منه البائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع .

---

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 101 - 105. — Dabin, Théorie général du droit, Nos. 229 - 231. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 62. — Duguit, op. cit., t. I, § 11, p. 122. — Roubier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 225 - 230.

ولكن العدل التبادلى لم يمكث محصورا فى هذا النطاق الضيق من العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الأفراد من علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة المطلقة . ومن هنا ، فكل علاقات الأفراد ينبغى أن تقوم على العدل، بمعنى أنها ينبغى أن تقوم على أساس تساوى الأفراد باعتبارهم أفرادا . وهذا التساوى يقتضى من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر ، اما باعطائه له ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه .

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الأفراد ؟ . هذا الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المادى والنفسى . وعلى ذلك ، فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لأنه حينئذ يأخذ لنفسه ما يخص غيره وما لايخصه هو ، فيكون ظالما . فمن الظلم اذن اعتداء فرد على جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو على حريته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتسابا ، فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشىء خاص به ، اما استقلالا كاستيلائه على شىء سائب لامالك له، واما نتيجة ما قد يقوم بينه وبين غيره من الأفراد من علاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو اقرار كل فرد على ما اكتسبه — بطريق الاكتساب المشروع — لأنه أصبح خاصا به دون غيره من الأفراد .

فالثابت اذن أن العدل فى العلاقات بين الأفراد ، انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداء أو اكتسابا . فمن العدل اذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، ورده ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر؛ لأنه بعدم الوفاء بتعهده ، وباعتدائه

على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير ، وأضـاف الى نفسـه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغى بين الأفراد من مسـاواة تامـة متبادلة ، فوجب عليه اعادة اقامة هذه المساواة .

٨٨ ــ العدل التوزيعى (La justice distributive) ((١))

يقصد بالعدل التوزيعى العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للأفراد . فالجماعة ـــ وهى بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد ـــ ينبغى أن تراعى فى هذا التوزيع اختلاف الأفراد فى حاجاتهم ، وفى مقدرتهم وجدارتهم .

فمثل هذا الاختلاف بين الأفراد لايسمح للجماعة باقامة مساواة تامة حسابية بينهم ، تتساوى فيها الرؤوس ، كتلك المساواة التى يحققها العدل التبادلى فى العلاقات بين الأفراد . ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعـة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المسـاواة التناسبية ، تكون العبرة فيه بتساوى قيم الأفراد أو قيم حاجاتهم . فليس من العدل أن يعامل كل الأفراد نفس المعاملة ، فينـالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعـة ، وهم ليسـوا سواء لا فى ملكاتهم ولا فى حاجاتهم ولا فى قدرتهم أو جدارتهم . فالعـدل فى التوزيع لا يتصـور اذن الا بمعاملـة الأفراد المتساوين فى الحاجة والقدرة معاملـة متساوية ، ومعاملـة الأفراد غير المتساوين فى ذلك معاملة غير متساوية .

وهذا العدل التـوزيعى هو الذى يفسر كون المواطنين لايتسـاوون مساواة مطلقة فى الحصول على الوظائف العامة فى الدولة . فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب فى شغلها ، وانما هى وقف على من هو أهل لملئها وحمل أعبائها ، بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة .

---

(١) راجع فى ذلك :
Dabin, Théorie générale du droit Nos. 232-234. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 63. — Duguit, op. cit., t. I, § 11, p. 123. — Roubier, op. cit., No. 22, pp. 202-205; No. 26, pp. 225-230.

وهذا النوع من العدل هو الذى يفسر كذلك أن المجانية لاتمنح لكل من يلتمسها من طلبة العلم ، ولكنها تقصر على من تضيق مواردة المالية عن تحمل نفقات التعليم • فالعبرة من الاعفاء من هذه النفقات تكون بالحاجة ، ولذلك يكون العدل هنا على قدر الحاجة ، فلا يحقق مساواة مطلقة بين كل الطلاب ، ولكن مجرد مساواة نسبية أى مساواة بين المحتاجين منهم من ناحية ، ومساواة بين غير المحتاجين منهم من ناحية أخرى• فهو عدل يقوم اذن على المساواة فى المعاملة بين المتساوين فى الحاجة باعفائهم من تحمل نفقات التعليم ، وعلى التفرقة فى المعاملة بين غير المتساوين فيها ، فلا يستفيد من الاعفاء قادر غير ذي حاجة ، ويستفيد منه كل ذى حاجة •

وكذلك كثرت فى العصر الحديث ما تمنحه الدولة من اعانات عائلية — زيادة على المرتبات — لموظفيها ذوى الأولاد • وليست مثل هذه الاعانات الا تحقيقا لفكرة العدل التوزيعى ، الذى يقضى بمعاملة غير المتساوين معاملة غير متماثلة أى بمنح الاعانة لذوى الأولاد وحرمان غيرهم منها ؛ ومعاملة المتساوين معاملة متماثلة بالتسوية بين ذوى الأولاد فى الحصول على اعانة تعينهم على تحمل هذا العبء العائلى •

وكذلك فان العدل التوزيعى هو الأساس فيما أصبح شائعا فى هذا العصر من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع قيمة وعائها • فبذلك يفرق فى المعاملة بين الممولين المتفاوتين فى المركز المالى تفاوتا كبيرا ، بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم فى قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية حسابية بحتة فى نسبة الاقتطاع المادية •

فمثل هذا النوع من العدل اذن لاينفى مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الأفراد ؛ فهذه المساواة مازالت هى أساس العدل التوزيعى ، ولكنها فقط مساواة فى القيم ، تضع كل فرد فى المكان العدل حسب

حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الأفراد المتساوين فى الحاجة أو القدرة أو الكفاءة . فلئن كان المحتاجون من الطلبة متساوين فى الحاجة الى الاعفاء من نفقات التعليم الجامعى ، فكذلك يتساوى القادرون منهم فى ضرورة دفع هذه النفقات . ولئن كان الحاصلون على ليسانس الحقوق بمرتبة نجاح عالية معينة متساوين فى حق التعيين فى وظائف النيابة أو مجلس الدولة ، فكذلك يتساوى غير الحاصلين على هذه المرتبة فى الحرمان من هذا التعيين . فالمعاملة اذن واحدة متساوية بالنسبة لكل فريق من الأفراد تلحقه نفس القيمة من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ، وهذه المساواة التناسبية هى قوام فكرة العدل التوزيعى .

٨٩ ـ العدل الاجتماعى (La justice sociale) «(١)»

أما الصورة الثالثة من صور العدل وهى صورة « العدل الاجتماعى » «(٢)» ، فيقصد بها ذلك العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الأفراد للجماعة . فالجماعة فى الواقع هى جسم واحد ، أعضاؤه الأفراد . ولا يمكن لجسم أن يعيش الا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب . وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذى يسهم به كل عضو فى بعث الحركة والحياة فى الجسم . من أجل ذلك كان للجماعة أن تفرض على الأفراد ـ باعتبارهم أعضاءها ـ الواجبات التى يتحقق بقيامهم بها صالح الجماعة وخيرها .

فأساس العدل الاجتماعى اذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، لا اعتباره كلا قائما بذاته . ومن هنا كان هدف هذا العدل

---

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 235-239. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق البعض على هذه الصورة اسم « العدل القانونى » (La Justice légale) (انظر فى ذلك : Dabin, op. cit., No. 235)

تسخير الجزء لخدمة الكل ، أى تسخير الفرد لخدمة الجماعة ، بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام (Le bien commun.) .

وليس يقصد بالصالح العام صالح فرد من الأفراد ، ولا صالح فريق أو طائفة من الأفراد ، فذلك محض صالح خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة ، فالجمع لايمكن أن يرد الا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة ، فلا يمكن اضافتها بعضها الى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وانما يقصد بالصالح العام صالح الجماعة ككل ، بمعنى صالح مجموع الأفراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن آحاد مكونيها . وصالح مجموع الأفراد كوحدة مستقلة انما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع فى غاية واحدة ، فهو اذن صالح مشترك بينهم أو صالح ككل ، بغض النظر عما لكل منهم — كأفراد — من صالح خاص . فالفرد جزء من هذا الكل ، والجزء يتلاشى فى الكل ، ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام . فالعدل الاجتماعى اذن هو العدل الواجب للكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعى أو الصالح العام .

وهذا العدل الاجتماعى هو الأساس المبرر للسلطة فى الجماعة ، تلك السلطة التى يقوم عليها نظام المجتمع . فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويملك الحكام على الأفراد حق السيادة أو الأمر دون معقب . وباسم هذا العدل كذلك يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده ، فتتقيد هذه السلطة بحدود هذا الصالح لا تعدوه الى غيره من المصالح .

وهذا العدل الاجتماعى هو الذى يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته فى سبيل صالح المجموع . وهو الذى يلزمه بالمساهمة فى تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية . فلولا أن الفرد جزء من كل ، وأن صالح هذا الكل يرخص فى جب

صالح الجزء ، لما كان من العدل تحميله مثل هذه الأعباء أو اقتضاؤه مثل تلك التضحيات .

وهذا العدل هو الذى يبرر المطالبة بعقاب السارق مثلا حتى ولو رد الشىء المسروق الى صاحبه . فهذا الرد — ان يكن يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادلى باعادة المساواة التى أخلت بها السرقة — فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع ، لأنه اخلال بما يجب من أمن ونظام فى المجتمع . فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لاكراهه على التكفير عن جرمه فى حقها بعبثه بصالحها .

٩٠ — العدل الخاص والعدل العام

تلك هى صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد . وقد يكون فى الامكان اختزال هذه الصور الثلاث الى صورتين اثنتين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل أى كلا قائما بنفسه ، أو باعتباره كائنا اجتماعيا لا كيان له الا بالجماعة وفى الجماعة كعضو من أعضائها أى باعتباره جزءا من كل . فعلى أساس هذه التفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل : العدل الخاص والعدل العام .

أما **العدل الخاص** فهو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفرادا ؛ وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد ، كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

وأما **العدل العام** فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة ، أم الأفراد . والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، والجماعة

باعتبارها هى الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيمن على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره . ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق الصالح العام ، عن طريق اقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة بالنسبة الى صالح الجماعة ؛ وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء «[1]» .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما ينبغى لكل منهم من كيان مستقل. بينما يقوم العدل العام على أساس من السيطرة : فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها ، والأفراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

---

(١) ومع ذلك ، فالشائع عند الفلاسفة والفقهاء قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها واعتبار اصطلاح « العدل الخاص » شاملا لصورتى « العدل التبادلى » و « العدل التوزيعى » على السواء . (انظر : Gény, op. cit., t. II, No. 171, p. 391. — Dabin, op. cit., No. 238. — Réglade, op. cit., p. 46).

ولكن يبدو أن فى اخراج « العدل التوزيعى » من نطاق « العدل العام » اغفالا لضرورة تفاوت مدلول العدل بتفاوت النظرة الى الفرد . فحيث ينظر الى الفرد فى ذاته، لايتصور أن يكون للعدل الا مدلول واحد هو التكافؤ والمساواة المطلقة ، اذ الأفراد فى ذاتهم وبوصفهم هذا متساوون مساواة تامة ؛ وهذا هو العدل الخاص المنحصر فيما جرى التقليد على تسميته باسم «العدل التبادلى». أما حيث ينظر الى الفرد باعتباره عضوا فى جسم الجماعة ، فلا محل لفكرة التكافؤ أو المساواة المطلقة التى هى قوام العدل الخاص ، وذلك سواء كان العدل واجبا على الجماعة قبل الأفراد وهو ما تمثل له صورة « العدل التوزيعى » ، أو كان واجبا على الأفراد قبل الجماعة وهو ما تمثل له صورة « العدل الاجتماعى» . ذلك أنه فى الصورتين لاتقوم العلاقة بين أنداد متكافئين كمافىالعدل الخاص،وانما تقوم بينالجماعةنفسها وبين الأفراد باعتبارهم أجزاء من كيانها ، ولذلك لايتصور أن يكون للعدل فيهما من مدلول الاسيطرة الجماعةعلىالأفراد. بمايحقق صالحها أىالصالح العام، ووزن القيم المتفاوتة المتعلقة بالأفراد بميزان هذا الصالح . ولذلك وجب جمع هاتين الصورتين تحت اصطلاح « العدل العام » ، اظهارا لقيام العدل فيهما على مبدأ سيطرة الجماعة بما يحقق الصالح العام فيما يقوم من علاقات بينها وبين الأفراد بالمقابلة لقيام « العدل الخاص » على مبدأ التكافؤ والمساواة المطلقة فيما يقوم من علاقات بين الأفراد . (انظرفىهذا المعنى: Roubier, op. cit., No. 22, p. 205)

ففكرة العدل اذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا (العدل الخـــاص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعـــة على الأفراد ــ بوصفهم أعضـــاء فى الجماعة ــ خدمـــة للصالح العام (العدل العام) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين مذهبين يتنازعانه هما « المذهب الفردى » و « المذهب الاجتماعى » ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالى .

§ ١ ــ المذهب الفردى (١)

La doctrine individualiste

٩١ ــ اسس المذهب الفردى

يقوم المذهب الفردى على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمى، فما يوجد القانون الا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعـــة هى الموجودة لخدمة الفرد . فالفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته الانسانيـــة تمنحـــه من الارادة والحريـــة ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لاتتصور الحقوق الا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات : واجب احترام حقوق الأفراد وتمكين تمتعهم بها، وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها .

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضهـــا الطبيعة له ، فتولد معه . ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التى تلحق الفرد . وهذه

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Waline, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. — Beudant, le droit individuel et l'Etat. — Capitant, op. cit., No. 10. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 38 - 42. — Duguit, op. cit., t. I, § 18, § 19. — Le Fur, Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3-4, pp. 279-309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3-4, pp. 387-398. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 21, 26.

الصفـة تلحق كل الأفراد فلا تفرق بين أحد منهم . ولذلك يولد الأفراد جميعا متساوين فى الحقوق تساويهم فى الانسانية ، وأول هذه الحقوق هو الحرية.وهذا هو ما عبر عنه **اعلان حقوق الانسان والمواطن** فى مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحرارا ومتساوين فى الحقوق » .

فالأفراد اذن يدخلون فى الجماعـة بما تعطيهم الطبيعـة من حقوق متساوية . وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها. وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع . غير أن وجـود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدى الى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، فى العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى الا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذى يمكن غيره من استعمـال نفس الحقوق. وهذا هو مانصت عليه المادة الرابعة من«اعلان حقوق الانسان والمواطن » بقولها : « الحرية هى فعل كل مالا يضر بالغير . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود الا تلك التى تكفل لباقى الأعضاء فى الجماعة التمتع بنفس الحقوق » . فالتقييد الذى يرد على استعمال الحقوق اذن انما هو تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذى تدعو اليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس . وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين ما لكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب . وتلك هى المساواة التامـة المطلقة التى تحقق العدل التبادلى أو العدل الخاص .

فالمذهب الفردى اذن انما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد . ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية . ومن هنا كان هذا التدخل مقصـورا على قـدر ضئيل هو القدر الضرورى فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته . وفى حدود هذا القدر الضئيل أى حيث لاتتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين،يكون للفرد

أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة • ففى تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة ، اذ الصالح العام — عند هذا المذهب — يتحقق آليا بمجرد ارضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره •

وقد تأدى هذا المذهب ، بنظرته المستريبة الى تدخل الدولة وحصر هذا التدخل فى أضيق نطاق مما يجعل دور الدولة مجرد دور سلبى ، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بمحض ارادتهم ، أى الى اعتناق **مبدأ سلطان الارادة** (L'autonomie de La volonté) • فاحتل العقد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الأفراد • وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تنعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل •

فالأفراد — وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم — يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الارادة • وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لاقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بصالحه • فما دام التكافؤ قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الارادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم ، ولا ينفع فى التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غبن فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة • وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة ، انما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة •

فالثابت اذن أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد باقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالآخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو

التبادلى ، دون أن يتطاول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم الصالح العام .

٩٢ ـ تقدير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت الفوارق الطبقية بين الأفراد . ومن هنا راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ثم شق طريقه فهيمن على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا فى وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » . ثم ظلت له السيادة فى عالم القانون والسياسة ، فوضعت فى ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنينات والقوانين التى صدرت فى النصف الأول من القرن التاسع عشر .

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله فى الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطغيانها ، ولا يجحد أثره فى التمهيد للاعتراف بقيمة الانسان ككائن حر الارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد فى الحقوق والواجبات على السواء ، فان أخطاره مالبثت أن تكشفت بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة . فلئن كانت طبيعة الأفراد واحدة اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون، الا أن الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق فى الحاجة وفى القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع .

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء اراداتهم ـ مع ما هو ثابت من عدم تساويهم فى الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية ـ أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة فى يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء وتسخيرهم لقضاء مصالحهم . فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة

ضخمة تتحكم فى العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والأجور البخسة ، ما لم يكن لهم بد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الارادة . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم فى البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب فى السوق اختلالا كبيرا ، فالملاك يتحكمون فى المستأجرين، والبائعون فى المشترين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت مجرد املاء من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب .

وبذلك انتهى المذهب الفردى الى الاضرار بالصالح العام للجماعة ، وظهر فساد اعتقاده فى أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالأفراد — وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة — لايلقون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام . وتمكن بعض الأفراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مسيطرة، يخلق جوا من القلق والتذمر الاجتماعى ليس من صالح الجماعة وجوده .

كل هذه النتائج الظالمة التى أفضى اليها تطبيق المذهب الفردى قد تولدت من أن هذا المذهب — وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للانسان التى يتساوى فيها كل الأفراد — قد أغفل حقيقه أساسية هى وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعى يضم أفرادا منعزلين مستقلين . فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للأفراد حقوق ، وأن لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للأفراد مع انعدام التكافؤ الفعلى بين قواهم .

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادلى ليس بالعدل الذى يمكن

أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التى تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه . فمثل هذا العدل ـ ان كان يكفى وحده فى العلاقات بين أفراد منعزلين مستقلين ـ لايصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين أفراد يكونون ـ كأجزاء متماسكة ـ بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة .

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردى عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب الاجتماعى » الذى كان له أكبر الفضل فى تطوير القانون والانتقال به وبالدولة من الدور السلبى الذى اضطرهما اليه المذهب الفردى ، الى دور ايجابى يقوم على التدخل فى نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام ، دون الارتكان الى مجرد تطبيق العدل الخاص أو التبادلى ، الذى ينتهى فى كثير من الحالات ـ كما رأينا ـ الى خلق أوضاع ظالمة بتمكين الأقوياء من التحكم فى الضعفاء .

§ ٢ ـ المذهب الاجتماعى (١)

La doctrine socialiste

٩٣ ـ اسس المذهب الاجتماعى (٢)

بقدر ما كان المذهب الفردى متطرفا فى تقديس الفرد كغاية فى ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التغاضى عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 43 - 45. — Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Waline, op. cit., pp. 55-86.

(٢) نفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعى » لا « اشتراكى » كما يفعل كثير من الفقهاء والكتاب ، حتى لاينصرف الذهن الى المدلول الشائع لاصطلاح « المذهب الاشتراكي » كمذهب اقتصادى .

ما جاء المذهب الاجتماعي متطرفا فى الناحية المقابلة أى فى تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص •

فالمذهب الاجتماعي لا يعني — كالمذهب الفردى — بالانسان كفرد فى ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعنى به ككائن اجتماعى مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم فى سبيل تحقيق صالح الجماعة التى تضمهم • فالجماعة اذن — لا الفرد — هي الهدف الأسمى من الوجود ، لأنها غاية فى ذاتها وليست أداة أو سيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التي ينبغي حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها •

ومن هنا ينبغي تسخير الأفراد لخدمة الجماعة، فيساهم كل منهم بنصيب فى تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التى هو عضو من أعضائها ؛ فتحقيق صالح الجماعة يحقق اذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد ، لأن الخير الذى يصيب الكل يتوزع على الأجزاء • فنقطة الابتداء اذن — ان كانت عند المذهب الفردى هى الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خيرالمجموع وصالحه — تصبح عند المذهب الاجتماعى هى الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه •

فالمحور الذى يرتكز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره من الأفراد • أى أن المذهب الاجتماعى لاينظر الى الفرد — كما يفعل المذهب الفردى — باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وانما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام

ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى •

فالمذهب الاجتماعى يبصر اذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لأنه لايعنيه من الأفراد الا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر • من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادلى الذى يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام (التوزيعى والاجتماعى) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام • وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الأفراد ــ الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الأفراد الى تسلط بعض الأفراد على بعض ــ واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط ــ لا لفريق من الأفراد على فريق ــ ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضاءها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم •

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها على الأفراد والتدخل فى نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمى الضعفاء من تحكم الأقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط فى الجماعة • فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد فى منطق هذا المذهب ، اذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لاقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق فى فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية •

وتطبيقا لهذا المذهب صدرت فى مختلف الدول قوانين تجبر الملاك على التأجير بأجر معين ، وتقرر تجديد عقود الايجار بعد فوات مدتها جبرا

على المؤجرين ، وتحدد شروط عقد العمل ، وتخضع كثيرا من السلع للتسعير الجبرى . وكذلك أخذ الغبن فى القانون الحديث طريقه الى أن يكون سببا لابطال العقد أو لانقاص التزام الطرف المغبون ، مما يؤكد منطق المذهب الاجتماعى فى تغليب صالح الجماعة الذى يقضى بحماية من تقعد به خبرته أو تدفعه حاجته أو يضطره استغلال غيره لضعفه الى الاقدام على تعاقد يغبن فيه ، دون الاعتداد بحصول التراضى بين المتعاقدين ، أو التسليم بحق الطرف الآخر فى اقتضاء الالتزام كاملا رغم الغبن ، باعتباره حقه الذى انتهى اليه من مصدر مشروع للالتزام هو العقد . فالعقد عند المذهب الاجتماعى ليس ضمانا كافيا لتوليد التزامات عادلة ، لأن عدم التكافؤ الموجود بين مراكز وقوى المتعاقدين فى الحياة لايسمح بمناقشة حرة عادلة بين الطرفين، ولذلك يجب تدخل القانون لمنع استغلال الأقوى للأضعف، فيقيم بما يحقق الصالح العام توازنا بين قوة القوى وحاجة الضعيف ، أى يحل العدل العام محل العدل الخاص .

٩٤ — تقدير المذهب الاجتماعى

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعى ونتائجه . وليس ينكر عليه فضله فى كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الأقوياء وتحكمهم فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة .

ولكن المذهب الاجتماعى — كالمذهب الفردى — لم يخل من تطرف ومغالاة : فان كان المذهب الفردى يضحى بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحريته ؛ فالمذهب الاجتماعى يضحى بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفا على خدمتها ، وهو لا يتحرج فى سبيل ذلك من اهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه — وهى تهيمن على كل نشاطه — تشديدا لا تؤمن عواقبه ، اذ لا يلبث أن يدفع بها الى التحكم والاستبداد .

٩٥ ـ ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي (١)

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردي والاجتماعي متطرفان كل منهما في الناحية العكسيـــة للآخر ، تطرفا يؤدي في الناحيتين الى نتائج غير مقبولة . فبينما يسوق المذهب الفردي ـ بمنطقه في تقديس الفرد وحريته ـ الى تحكم فريق من الأفراد في فـــريق بمـــا لهم من غلبة اقتصـــادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعي ـ بمنطقة في تقديس الجماعة وصالحها ـ الى تحكم الدولة واستبـــدادها وعصفهـــا بحريات الأفراد واهدارها لمصالحهم الخاصة ، مما قد يقضي على الدافع الشخصي لدى الأفراد فيما يقومون به من نشاط في الحياة ، فلا يلبث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام .

من أجل ذلك لايتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لاينبغي اغفالها في شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردي يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردي له شخصيته وكيانه الذاتي واستقلاله عن غيره من الناس . والمذهب الاجتماعي يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعي ، أي ككائن يعيش في الجماعة كعضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له الا بها . والخطأ انما يأتي من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالقول بالمذهب الفردي انما يغفل في الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعي انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحريته . بينما الانسان لايمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل في جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ؛ وكذلك لايمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعية ، والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236-242. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, Nos. 56-60. — Le Fur, article précité. — Réglade, op. cit., pp. 53-55.

كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، واقامة قواعد القانون — على هدى هذا الجمع — بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحريته . أى أن القواعد القانونية ينبغى أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتي مستقل عن طريق كفالة حريته وتمتعه بحقوقه ، وأن توفر للجماعة فى نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . وبقدر توفيق القواعد القانونية فى تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لايهدر أحدهما ، تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل فى الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذى ينبغى على القواعد القانونية تحقيقه ؛ فليس هو مجرد العدل الخاص أو التبادلى الذى يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل — وقوى الأفراد متفاوتة أشد التفاوت فى الواقع — من تحكم الأقوياء فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب الصالح الخاص . وليس هو مجرد العدل العام (التوزيعى والاجتماعى) الذى يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات واهدار حقوق الأفراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أى مزاج بين مايجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الأفراد مساواة مطلقة فى الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه — تبعا لذلك — لمقتضيات الصالح العام ، مما لاتتحقق به مساواة مطلقة بين الأفراد وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوى القيم التى تلحق الأفراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام .

فالتوازن اذن ينبغي أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى أن يحد كل منهما من التطرف الذى قد يندفع اليه الآخر • فالمساواة المطلقة ـ ان كانت واجبة بين الأفراد ـ الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد تفضي اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام • والصالح العام ـ ان كان يبيح للجماعة فرض سيطرتها على الأفراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر بعض المصالح الخاصة ـ الا أن سلطة الجماعة فى هذا الشأن ليست مطلقة ، بل هى مقيدة باحترام مقومات الفرد الأساسية• أى أن الحرية والمساواة بين الأفراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام ؛ وسيطرة الجماعة وهيمنتها على أعضائها باسم الصالح العام ، انما تتقيد باحترام حقوق الفرد الجوهرية «[1]» •

يخلص من كل ذلك أن قواعد القانون يجب أن تقوم على الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى مما يستتبع النظر الى العدل باعتباره موازنة بين العدل الخاص والعدل العام • ولعل أكبر مثل على هذا الجمع وذلك التوازن،هو نظرية التعسف فى استعمال الحق • فمنطق المذهب الفردى ومقتضى العدل الخاص الذى يتولد منه ، أن الحق يسبغ على صاحبه حصانة مطلقة تعصمه من المسئولية عما قد يترتب على استعماله من ضرر بالغير ، أى أن صاحب الحق له مطلق الحرية والسلطان فى حقه ، لا معقب عليه فى استعماله ، اذ هو مجرد امتداد لاستقلاله • بينما منطق المذهب الاجتماعى ومقتضى العدل العام الذى يتولد منه ، أن الحق ما هو الا وظيفة اجتماعية ، وأن صاحبه ما هو الا موظف موكل باستعماله لتحقيق هذه الوظيفة التى يحددها الصالح العام ، أى أن الحق لا يعطى صاحبه سلطة أو امتيازا ، بل يفرض عليه واجبا أو التزاما ، وهو ماعبر عنه الفيلسوف الفرنسى « أوجست كونت » Auguste Comte فى قولته المشهورة : « ليس لأحد من حق الا فعل واجبه » •

---

(١) فى هذا المعنى :
Réglade, op. cit., pp. 54, 55 — Roubier, op. cit., No. 28, p. 242.

وليس يخفى ما يجره المذهب الفردى والعدل الخاص من خطر تحكم صاحب الحق ، وتحول الحق فى يده أداة طيعة للاضرار بغيره فى سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ؛ ولا ما يجره المذهب الاجتماعى والعدل العام من انكار فكرة الحق التى هى امتداد لكيان الفرد واستقلاله ، وتحويلها الى مجرد واجب أو التزام يقع على عاتق الفرد لصالح الجماعة . فاعتبار الحق سلطة مطلقة ، أو اعتباره مجرد واجب لتحقيق وظيفة اجتماعية معينة ، لا يحقق أى منهما العدل على وجهه الصحيح ؛ فكل من الاعتبارين مسرف فى الناحية المقابلة للآخر ، والعدل غير الاسراف ، اذ هو وسط بن طرفين متقابلين فى الاسراف .

من أجل ذلك كان العدل الواجب هو الاعتراف للفرد بما له من حقوق، يتمتع بها ويستعملها فى حرية ، ولكن دون أن تكون حريته فى ذلك مطلقة، والا أصبح الحق فى يد صاحبه سلاحا يهاجم به الجماعة عن طريق الاضرار بأعضائها ، لا مجرد تأكيد لما يجب له من كيان ذاتى واستقلال . فان كان المبدأ هو حرية صاحب الحق فى استعماله ، الا أن هذه الحرية تتقيد باستخدامها على الوجه الذى يحقق الأغراض التى من أجلها اعترفت الجماعة بالحق لصاحبه كميزة أو سلطة يختص بها . واستخدام الحرية على غير هذا الوجه انما هو تعسف وغلو من صاحب الحق فى استعمال حقه ، مما يعكس على الجماعة أهدافها فى الاعتراف بالحق له وينال صالحها بالضرر . ولذلك يكون تدخل الجماعة واجبا لرفع مثل هذا التعسف ، ورد الحرية الممنوحة لصاحب الحق فى استعماله الى حدها المشروع باعادة التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، أى بين مقتضيات العدل الخاص من احترام الفرد وحريته ، ومقتضيات العدل العام من اخضاع الفرد لسيطرة الجماعة تحقيقا للصالح العام .

فالمالك الذى يقيم سورا شاهقا على حدود ملكه بقصد حرمان المنزل المجاور من الضوء والهواء ، يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول . ورب العمل الذى يفصل العامل استنادا الى أن عدم تحديد عقد العمل بمدة

معينة يعطي كل طرف حق انهائه في أى وقت ، يلزم بتعويض العامل اذا لم توجد أسباب قوية وجدية مشروعة تبرر هذا الفصل .

وأيا كان الأمر ، فالاتجاه اليوم فى القانون الحديث فى كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وان يكن المذهب الاجتماعي هو السائد بصورته المطلقة فى بعض الدول التى تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر العدل هو مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن اجتماعي لا وجود له الا فى الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مما يجعله مسخرا فى خدمتها. أما المذهب الفردى الذي كان سائدا حتي أواسط القرن الماضى فى قوانين أغلب الدول ، فقد تقلص اليوم ظله بما كان عليه من صورة مطلقة لاتعرف من العدل الا العدل الخاص ، بعد أن تكشفت فى العمل أخطاره وأضراره ، فدخلت النزعة الاجتماعية هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موازنته بالعدل العام .

فالتقنين المدنى الفرنسى مثلا ، الذى ما زال معمولا به الى اليوم ، صدر فى مفتتح القرن الماضي مشبعا بروح المذهب الفردى وقام فى أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسى لم يقف مكتوف اليدين أمام أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعى وللعدل العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدنى الفرنسى اليوم — بعد قرن ونصف من الزمان من صدوره — بعيدا عن النزعة الفردية المطلقة التى نبت فى ظلها .

وكذلك الشأن فى **القانون المصرى** ، فلقد كان للقضاء المصرى جهد مشكور فى الحد من النزعة الفردية المطلقة التى ورثها التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الفرنسى ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كنظرية

ألتعسف فى استعمال الحق. ثم جاء التقنين المدني الجديد صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة، ولا هو يضحى بصالح الجماعة لمصلحة الفرد «[1]» ، وانما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحريته كما يحتم احترامها العدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الارادة وسلطانها فى ترتيب الآثار القانونية ، الا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان، بل يورد عليها من القيود ماتحتمه رعاية الصالح العام : فارادة كل متعاقد مقيـدة بألا تستغل فى شخص المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، توصـلا الى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتعادل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة (م ١٢٩) . والارادة كذلك مقيدة فى حالة عقود الاذعان التى يقتصر القبول فيهـا على مجرد تسليم طرف بما يضعه الطرف الآخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشـة فيها ، كعقود توريد النـور والمـاء والغاز ؛ فللقاضى ــ اذا كانت هذه الشروط تعسفية ــ أن يعدلها أو يعفى الطرف المذعن منها (م ١٤٩) .

ولئن يكن التقنين المدنى الجديد كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالهم لها ، فيحمى بذلك الفرد فى أخص مقومات كيانه ؛ الا أنه لايغفل حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء ، ويعتبره غير مشروع اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ، أو اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقهـا قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب البته مع مايصيب الغير من ضرر بسببها ، أو اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة (م ٥) .

وكذلك فان التقنين الجـديد لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيـأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضى ــ اذا طرأت ظروف

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى مصادر الالتزام ، ص ٩٦ .

استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة — أن يرد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين (١٤٧/٢) .

٩٦ — التنازع بين فكرة العدل وفكرة النظام والاستقرار (١)

ينبغى اذن أن تقوم القاعدة القانونية على أساس من العدل بالمعنى الذى أوضحناه ، أى على أساس من التوازن بين العدل الذى يحفظ على الفرد ذاتيته ويعطى له حقوقه ومقوماته الأساسية ، وبين العدل الذى يحفظ على الجماعة كيانها ويوفر لها صالحها ومقوماتها الضرورية .

فتحقيق العدل — على هذا النحو — هو غاية القاعدة القانونية وأساسها . ولذلك قلنا من قبل ان العدل — باعتباره مثلا أعلى — هو العنصر الأهم فى تكوين جوهرها ، اذ يسهم فى هذا التكوين بالنصيب الأوفر فيهيمن على العنصر الآخر وهو عنصر الواقع الذى يضم عوامل الحياة الاجتماعية وحقائقها .

غير أن فريقا من الفقهاء ينكر على القانون أن هدفه الأسمى هو تحقيق العدل وحده ، وأن فكرة العدل هى الأساس الذى تقوم عليه قواعده اذ هم يغلبون مقتضيات النظام والأمن الاجتماعى على فكرة العدل ، ولا يرون بأسا أو تثريبا فى التضحية بالعدل فى سبيل اقرار الأمن والاستقرار والطمانينة فى المجتمع . وهم يتلمسون فى سبيل تأييد رأيهم بعض النصوص القانونية التى يفسرونها على أنها تغليب لفكرة النظام والأمن وتضحية بفكرة العدل :

(١) فالقاعدة التى تعطى قوة الزامية للعقود رغم ما قد يشوبها من

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Annuaire de l'Iinstitut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, t. III, 1937-1938; Le but du droit : Bien commun, Justice, Securité.

غبن يصيب أحد المتعاقدين ، انما هى قاعدة تجافى العدل عندهم ، ولكنهـا مجافاة تمليها وتبررها مقتضيات الأمن والاستقرار فى المعاملات ، اذ لو فتح الباب للمطالبة بابطال العقود التى يشوبهـا غبن أو برفع هذا الغبن ، لضاعت الثقة واضطربت المعاملات بين المتعاقدين .

ولكن الأولى أن يقال ان هذه القـاعدة انما تقرها بعض القوانين الوضعية دون البعض الآخر ، لأنها مجرد تطبيق لفكرة العدل الخـاص ، وما تستتبعه من المسـاواة بين الأفراد باعطـائهم نفس الحرية فى تنظيم شئونهم ومعاملاتهم ؛ فما يتولد من هذه الحرية من عقود ، يجب احترامها والالتزام بها أيا كان الغبن الذى ينال أحد المتعاقدين من جرائهـا ، اذ هو المسئـول وحده عما يصيبـه من غبن ، فقد كانت له نفس الحريـة التى للمتعاقد الآخر فى مناقشة شروط العقد ، فان لم يستفد من هذه الحرية استفادة الطرف الآخر منها ، لطيشه أو ضعف خبرته أو حاجته أو معاكسة ظروف العرض والطلب له ، فلا يلومن الا نفسه .

ولكن سبق أن بينا أن مثل هذه القاعدة تجافى العدل العام ، لأن اطلاق الحرية للأفراد يتعاقدون على قدم المساواة — مع اختلافهم فى واقع الأمر — من حيث الخبرة أو الحاجة أو القوة الاقتصادية ، يؤدى الى غبن فريق لمصلحـة فريق آخر مما يخلق جوا من القلق والتذمر يضر بالصالح العام أبلغ الضرر . ولا ينفع فى تبرير هذه القاعدة أو استبقائها القول بأنها انمـا تحقق النظـام والاستقرار فى المجتمـع ، فهى انما تحقق نظاما ظالما واستقرارا معيبا على حساب الصالح العام .

من أجل ذلك لا يكون وجود مثل هذه القاعدة فى بعض القـوانين الوضعية حجة على أن القانون يتجاوز أحيانا عن تحقيق العدل ، لأنهـا قاعدة ينبغى عدم التسليم باستبقائها ، اذ تخل بالتوازن الواجب بين العدل الخاص والعدل العام . ولذلك أصبح الاتجاه الحديث فى القـانون اليوم

هو اقامة هذا التوازن ، باعطاء حرية التعاقد لكل الأفراد على قدم المساواة، ثم بالتدخل لمنع ما قد يجره عدم تساويهم فى الواقع من استغلال فريق وغبنه لفريق . وهذا هو الطريق الذى سار فيه القانون المدنى المصرى الجديد «١» ، بعد أن كان القانون القديم يتبع القانون المدنى الفرنسى فى منع ابطال العقود أو تخفيض الالتزامات المترتبة عليها فى حالة الاستغلال أو الغبن كقاعدة عامة لايرد عليها استثناء الا بنص صريح كما هو الشأن فى الغبن الحاصل فى بيع عقار القاصر .

(٢) وكذلك فالقاعدة التى تقرر التقادم كوسيلة للبراءة من دين أو كوسيلة لاكتساب حق ، تعتبر عند أهل هذا النظر قاعدة تجافى العدل ولا يمكن تبريرها الا على أساس مقتضيات النظام والأمن والاستقرار فى المجتمع «٢» .

ولكن الواقع أن هذه القاعدة لا تجافى الا صورة معينة للعدل هى صورة العدل الخاص أو التبادلى ، اذ بمقتضى هذه القاعدة يكتسب الحق شخص غير صاحبه ، ويبرأ المدين من دينه دون الوفاء به .

ولكن هذه القاعدة لا تجافى الصورة الأخرى للعدل أى العدل العام، اذ مقتضى هذا العدل تحقيق الصالح العام ، واحترام العدل الخاص هنا يفوت تحقيق هذا الصالح، بما يطيل من منازعات ومناقضات الى ما لانهاية. فمصلحة الجماعة واضحة فى تحقيق الأمن والاستقرار فيها عن طريق تسوية

---

(١) تنص المادة ١/١٢٩ من التقنين المدنى الجديد على انه « اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

(٢) Dabin, Théorie générae du droit No. 151.

الحساب وانهاء النزاع بين الأفراد بمضى وقت معلوم معقول يمكن صاحب الحق من استرداد حقه المغصوب ، بحيث يعتبر مضى هذا الوقت قرينة أو أمارة على أن الدائن قد اقتضى دينه وأن صاحب الحق قد استرد حقه المغصوب ، لأن ذلك هو الغالب فى العمل ، مما يمتنع معه — بمضى هذا الوقت — امكان مطالبـة المـدين باثبات براءته من الدين ، أو الغاصب باثبات شرعية وضعه • وتحقيق هذه المصلحة العامـة للجماعة ينبغى أن لايقف فى سبيله تحقيق مصلحة خاصة لأفراد قليلين قد لايستوفون ديونهم أو لايستردون حقوقهم المغصوبة بمضى المدة المقررة •

فقاعدة التقادم لا تطرح العدل اذن ، بل هى على العكس تأخذ به ، ولكن بمعناه الذى أوضحناه أى كتوازن بين العدل العام والعدل الخاص• وهذا التوازن يتحقق من تلقاء نفسه فى أكثر الحالات • فالغالب فى العمل أن يتفق العدل الخاص مع العدل العام ، اذ بمقتضى المدة المقررة عادة يكون الدائن قد استوفى دينه ، وصاحب الحق قد استرد حقه • ولا يختل هذا التوازن الا فى القليل النادر حيث تمضى المدة دون أن يستوفى الدائن دينه، أو يسترد صاحب الحق حقه • ولا يتصور فى مثل هذه الحالات الاستثنائية النادرة تغليب العدل الخاص على العدل العام ، بل الواجب فى شأنها هو تغليب العدل العام أخذا بأمارة الغالب فى العمل وتحقيقا للصالح العام باسدال الستار على ماض بعيد يتعذر اثباته ، وتثبيت ما استقر من أوضاع مدة طويلة دون منازعة أو تعرض ، مما يمكن للاستقرار والأمن فى المعاملات ، ويحقق للمجتمع بذلك نظاما عادلا •

٩٧ — القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

فالعدل اذن يبقى هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم فى تكوين جوهرها ؛ بمعنى أن القانون الوضعى ينبغى أن يستلهم فى أحكامه مبادىء

العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يجاوز حدودها . ولكن يحدث كثيرا فى العمل أن يتضمن القانون الوضعى أحكاما ظالمة تناقض المثل الأعلى للعدل . وهنا تتنازع الأفراد قوتان : قوة الدولة أو الجماعة المادية التى تفرض طاعة القانون الوضعى ، وقوة العقل المعنوية التى تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتـوزع وتتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهاء «[1]» . فمنهم من يغلب قوة العدل على قـوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة . ويتدرج فى ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما أخذت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان اذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته ضمن هذه الحقوق .

ولكن هذا الحل ـ وان يكن حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعى ـ الا أن الاعتراف به كحل قانونى قد يبذر بذور الفوضى فى الجماعة ، فيتخذه كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل فى ذاته ؛ كما قد يغرى الأفراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها ، فيفقد العدل بذلك القوة التى تحرسه وتكفل احترام أحكامه فى الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها ، فيضع أمله فى القضاء ، وينتظر منه شل القوانين الظالمة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث فى مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادىء العدل وقواعده ؛ أو على

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 283-300. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219-237. — Roubier, op. cit., No. 19 pp. 178-184. — Duguit, op. cit., t. III, notamment § 98, § 101.

الأقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالمة بما يملك من حرية واسعة فى التفسير •

* * *

٩٨ ـ خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الأول فى بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو فى بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع • وقد رأينا أن هذا التكوين انما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة فى الجماعة ، وعنصر المثل الأعلى للعدل ، الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه • وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين المتقابلتين فى التطرف فى هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية •

فالقاعدة القانونية اذن ينبغى أن ترضى ـ بما يوافق العدل ـ ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها •

الباب الثاني
شكل القاعدة القانونية

٩٩ – تمهيد

تكلمنا فى الفصل السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكونة له . غير أن هذا الجوهر – ككل مادة أولية – يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذى يصلح به فى التطبيق العملى . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الالزام الايجابية فى نطاق العمل ، أى تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول – فى صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثاني – فى اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل .

الفصل الاول

صياغة القاعدة القانونية (١)

١٠٠ — دور الصياغة واهميته فى تكوين القاعدة القانونية

قلنا ان القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهر أو مادة أولية مما يمليه المثل الأعلى للعدل فى شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكأن الجوهر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها فى شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لابد لها — كى تتحقق — من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والأدوات هى أساليب الصناعة أو الصياغة التى تخلق من الجوهر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق فى نطاق الحياة الاجتماعية . ومثلها فى صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها ، كمثل آلات المصانع وعددها التى تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلا لتحيله الى ما هو مهيأ له من نسيج يصلح للاستهلاك الانسانى .

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الأولى النظرى وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلى فى المجتمع الذى توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كفيلة بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 166-198. — Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 166-190. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 59-63. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 318-342. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 173-191.

(La technique juridique) ، بأنهـا مجمـوع الأدوات التى تخـرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ؛ أو بأنها هى عملية الاخراج الفعلى للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضهـا .

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهى التى تعطى لها الشكل العملى ، أى الشكل الذى تصلح للتطبيق به فى نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة فى الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها . فلن تؤدى مثل هذه الصياغة الغرض منها الا اذا اختيرت أدواتها اختيارا يضمن — على أفضل وجه وأحسنه — التحقيق العملى للجوهر الأولى للقاعدة القانونية . ذلك أن الصياغة لا يعمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهى اذن مسخرة فى خدمته وبما يحقق غايته .

فالارادة ليست مطلقة الحرية ولا السلطان اذن فى صياغة القاعدة القانونية ، وانما هى تلتزم بشأنها حدود الغاية من فرضها ؛ فلاتتخير من السبل الا أقربها ، ولا من الأدوات الا أفضلها وأوفقها لتحقيق هذه الغاية وادراكها . وبقدر التوفيق فى اختيار الأداة وموافقتها للغاية المرسومة ، يتاح للقاعدة القانونية التعبير الفنى المناسب أى المحقق لأهدافها . ومثل الصياغة فى ذلك مثل اللغة ، تكون بلاغتها بقدر التوفيق فى تخير أفضل تعبير يلائم المعنى المراد ويفصح عنه . فالهيمنة كما تكون فى اللغة اذن للمعنى على اللفظ ، تكون فى القاعدة القانونية للجوهر على الصياغة أى للموضوع على الشكل . فالجوهر أو الموضوع هو الغاية ، والصياغة أو الشكل هى الوسيلة ، والوسيلة هى التى تتبع الغاية لا العكس .

والصناعة أو الصياغة القانونية ليست نوعا واحدا ، بل هى تتنوع بحسب الرغبة فى قبض أو بسط الحرية للقاضى فى التقدير . وهى لاتتوصل

الى القيام بوظيفتها الا عن طريق استخدام أدوات وطرق معينة تلائم الغايات المراد ادراكها من وراء فرض القاعدة القانونية . فكأن الأمر يحتاج اذن ــ فى بيان دور الصياغة فى تكوين القاعدة القانونية ــ الى الكلام فى أنواعها وطرقها على السواء .

وعلى ذلك تقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ــ فى أنواع الصياغة القانونية .

المبحث الثانى ــ فى طرق الصياغة القانونية .

المبحث الأول

انواع الصياغة القانونية

١٠١ ــ تمهيد

قلنا ان القاعدة القانونية لابد من أن تصاغ صياغة فنية دقيقة، بمعنى أنه لابد من اعطائها الشكل الذى يجعلها صالحة للتطبيق العملى بما يحقق الغاية من فرضها . فليس يفصح جوهر القاعدة القانونية الا عن اتجاهات عامة تبلغ من العموم درجة تحوطها بالغموض والابهام ، فتحتاج الى ضبط وتحديد يقربها من الواقع العملى فى الحياة .

غير أن الصياغة ــ وهى تعمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ــ تتراوح بهذا التحديد تراوحا كبيرا بين الاحكام الصارم وبين الاسلاس المرن . فهى قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما،وهى قد تترخص فى تحديد هذا المضمون ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا فى التقدير والتطبيق .

فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة (rigide) ، وصياغة مرنة (souple) ؛ فنعرض على التوالي لكل من هذين النوعين :

١٠٢ — الصياغة الجامدة

(أ) تواجه الصياغة الجامدة فرضا معينا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض . فمثل هذه الصياغة اذن تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها أو بالنسبة الى الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضي — الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة — عملا شبه آلى ، اذ تقيده هذه الصياغة بتحديدها الصارم المحكم تقييدا لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة القانونية من فرض معين . وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقاعدة التى تنص على أن كل من قتل نفسا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام (م ٢٣٠ عقوبات) ، مثل من أمثلة الصياغة القانونية الجامدة ، فمحل تطبيقها ثابت محدد هو حدوث قتل عمد مع سبق الاصرار أو الترصد ، والعقوبة المقررة لهذه الجريمة محددة ثابتة كذلك لا تراوح فيها باختلاف الظروف الخاصة بكل جريمة قتل ، فهى الاعدام دائما . ولا يملك القاضى أمام مثل هذه القاعدة الجامدة الا الحكم بالاعدام اذا تثبت من توافر أركان جريمة القتل العمد مع سبق الاصرار أو الترصد .

وكذلك القواعد التى تحدد مواعيد للطعن فى الأحكام بطريق المعارضة (م ٣٨٨ مرافعات) أو الاستئناف (م ٤٠٢ مرافعات) أو النقض (م ٢٤٨ مرافعات) أو التماس اعادة النظر (م ٤١٨ مرافعات) قواعد صيغت صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد .

وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأنه

ليس للصغير غير المميز ـ وهو من لم يبلغ السابعة ـ حق التصرف فى ماله وتكون تصرفاته باطلة (م ١١٠ مدنى) ؛ وفى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهليـة لمباشرة حقوقه المدنية (م ٤٤ مدنى) •

وغير ذلك من الأمثلـة كثير ، اذ القـانون مليء بالقـواعد ذات الصياغة الجامدة •

١٠٣ ـ الصياغة المرنة (١)

لا تعطى هذه الصياغة المرنة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة، وانما تعطيها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به ـ عند التطبيق ـ لادخال الملابسات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار • فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التى تندرج تحت الفرض الذى تواجهه،وانما تقنع باعطاء القاضى معيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من أقضيـة ، فيقـوم بموافقته على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض أمامه ، مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بها بتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها • وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحـه ـ بما ترسم من موجه عام ـ سلطة تقديرية واسعة •

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

AL-SANHOURY, les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise, contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique, Thèse Lyon, 1925, pp. 27-74; Le standard juridique, Recueil Gény, t. II, pp. 114-156. — HAURIOU, Police juridique et fond du droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, pp. 265-312. — Maury, Observations sur les modes d'expression du droit, règles et directives, Recueil Lambert, t. I, pp. 421-433. — STATI, Le standard juridique, Thèse, Paris, 1927.

(١) ومن أمثلة الصياغـة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب ازالة ما يسببـه له الجوار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعـويض عنها . فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضى بقاعدة جامدة ثابتة فى شأن أضرار الجوار ، بل تترك له حرية واسعة فى تقدير هذه الأضرار مستهديا بما ترسمه له من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة فى الجوار . فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المعيار المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع النـاشىء عن الجـوار ، معتمدا فى ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له . وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعى فى العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار، واعطائها ما يناسبها من حلول .

(٢) وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القـاعدة التى تجيز للواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له فى الرجوع فى الهبة ، متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع . فمعيار العذر المقبول الذى ترسمه هذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يبيح للقاضى الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبـة لكل حالة على حدتها أخذا بالظروف والملابسـات الخاصة المحيطة بها .

(٣) كذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة الذى يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف فى الأموال، مثل من أمثلة الصياغة المرنة ، التى تمكن القاضى من قدر صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابساتها .

١٠٤ ــ مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل المجرد ، لأنها لا تواجه الا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية الا اعطاءه حلا

مجردا . فمثل هذه الصياغة لا تدخل فى اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وانما تجمع الحالات الفردية التى تندرج تحت فرض معين فى نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات فى الظروف والملابسات ، وتعطى هذا النموذج حلا واحدا يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة .

فالقاعدة التى تعاقب بالاعدام على القتل العمد مع سبق الاصرار أو الترصد لاتحقق الا عدلا مجردا ينظر الى القتل العمد فى ذاته فيضع له عقوبة واحدة هى الاعدام دون اعتداد بالظروف والملابسات الخاصة التى تحيط بكل جريمة قتل عمد . والقاعدة التى تحدد أهلية مباشرة الحقوق المدنية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، انما تحقق عدلا مجردا ، لأنها تحدد نفس السن لكل الأفراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم الواقعى فى درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقى عن السن المقررة ، ومنهم من يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة، فهو أن مثل هذا العدل المجرد الذى تستهدفه ، يحقق الثبات والاستقرار فى المعاملات ، كما يكفل اقرار الأمن فى المجتمع .

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل الفعلى أو الواقعى ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ، فانها — بما تضع من موجه عام أو معيار مرن — تمكن القاضى من تكييف هذا الموجه أو مطابقة ذلك المعيار على خصوصيات كل حالة توصلا الى اعطائها الحل المناسب لها . أى أن الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة، وانما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذى تحققه الصياغة الجامدة عدلا متوحدا لايختلف باختلاف الحالات الفردية المندرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذى تحققه الصياغة المرنة عدلا متفاوتا

بتفاوت الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة انما هى وسيلة لتحقيق العدل (Justice) ، بينما الصياغة المرنة هى احدى وسائل تحقيق العدالة (équité)

فالصياغة المرنة فى كثير من قواعد العقوبات تمكن القاضى من تحقيق العدالة . اذ عدم تحديد العقوبة مثلا بقدر ثابت ، وحصرها بين حدين : حد أقصى وحد أدنى ، يمكن القاضى من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة . واجازة تخفيض العقوبة اذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضى من النزول بالعقوبة ، والتدرج فى هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استعمال الرأفة .

وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضى من تحقيق العدالة فى شأن أضرار الجوار ، اذ يستطيع مطابقة معيار « الأضرار المألوفة » على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الأضرار التى تجاوز المألوف فى كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم فى كل حالة بما يناسبها من الأمر بازالة الضرر المجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة تحمله بمبلغ من المال ان تعذرت الازالة .

وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضى من تقدير ما يحيط بكل واهب يطلب الرجوع فى الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » . وتمكن القاضى كذلك من تصحيح أو ابطال شروط منع التصرف فى المال، بأن يقرر فى كل حالة على حدتها وتبعا للظروف والملابسات المحيطة بها ما اذا كان الباعث الذى أملى شرط منع التصرف مشروعا أو غير مشروع ، وما اذا كانت المدة المشترط منع التصرف فيها معقولة أم غير معقوله . وتمكن القاضى كذلك ـ بما تعطيه من سلطة تعديل العقود اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة وقت التعاقد بحيث تهدد المدين

بخسارة فادحة ــ من تحقيق العدالة عن طريق النظر الى ظروف كل حالة والموازنة بين مصلحة طرفى التعاقد فيها ، توصلا الى انقاص الالتزام المرهق ورده الى القدر المعقول المناسب •

وفى كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعى أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة اذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعى ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التى تكتفى بتحقيق العدل المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعى قانعـة بتحقيق الثبات والاستقرار •

وقد يأخذ على الصياغـة المرنة بعض خصـومها ، أنها ــ بما تترك للقاضى من سلطة واسعـة فى التقـدير ــ لاتلبث أن تقوده الى التحكم ، مما يتعذر معه اشاعة ما يجب من أمن واستقرار فى المعاملات • غير أن هذا الخوف من تحكم القضاء ليس ثم ما يبرره • فالقضاء قد أثبت دائما ــ وهو الأمين على تطبيق القـانون ــ أنه يزن أحكامه بميزان دقيق يعلو على كل مظنة أو تحكم • فضلا عن أن وجود محكمة النقض ــ وهى الرقيبـة على صحة تطبيق القانون ــ كفيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يقوم على القصد والاعتدال فى استعمال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة •

وأيا كان الرأى فى المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطـور على السواء • فكل من الصياغتين يحقق احدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى • فالصياغة الجامدة ــ ان كانت تحقق الاستقرار ــ الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضـاعا مجردة دون اعتبار للظروف أو اعتداد بالملابسات الخاصة • والصياغة المرنة ــ ان كانت تؤهل

القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى ــ الا أن ذلك انما يتم على حساب الاخــلال بالاستقــرار والأمن فى المعاملات .

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغــة الجامدة والصياغة المرنــة على السواء . وان يكن مجال الصياغة الجامدة مازال ــ على الأخص فى الدول التى يغلب التشريع فيها ــ أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة . اذ مازالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبــة على اعتبارات التطور به . ومن هنا ما زالت **القاعدة الجامدة** (règle rigide) هى نموذج القواعد القانونية فى هذه الدول حيث تمثل عوامل الاستقرار والنظام فيها . أما **القاعدة المرنة او المعيارية** (Standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة .

وفى **القانون المصرى** ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد المرنة أو المعيارية . وان يكن التقنين المدنى الجديد قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى الظروف والملابسات المحيطــة بالقضايا المرفوعــة أمامه . فمن ذلك معيار « الغلط الجوهرى » (م ١٢٠) ، ومعيار « التدليس الجسيم » (م ١٢٥)، ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » (م ١٢٧) ، فى الوقوف على ما يشوب الارادة من عيب يجيز ابطال العقد .

وكذلك معيار «اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين» ، ومعيار «استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح » فى اجازة العقد أو انقاص التزامات من وقع عليه الاستغلال (م ١٢٩) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائيــة العامة غير المتوقعة » ومعيار « التنفيذ المرهق » فى رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ٢/١٤٧) . وكذلك معيار « عناية الشخص العادى » فى

وفاء الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بادارته أو توخى الحيطة فى تنفيذ التزامه (م ٢١١) . وكذلك ما سبقت الاشارة اليه من معيار « العذر المقبول » فى اجازة الرجوع فى الهبة (م ٥٠٠/٢) ، ومعيار « الباعث المشروع » و « المدة المعقولة » فى تعرف صحة الشرط الوارد فى العقد أو الوصية بمنع التصرف فى مال من الأموال (م ٨٢٣) ؛ ومعيار « المضار المألوفة فى الجوار » فى شأن الحد من غلو المالك فى استعمال حقه والتوصل بذلك الى الاضرار بجيرانه (م ٨٠٧/٢) .

المبحث الثانى

طرق الصياغة القانونية

١٠٥ — تمهيد

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هى مجموع الأدوات أو الطرق التى تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها . ونريد الآن أن نأخذ فى بيان هذه الأدوات والطرق التى تقوم بالاخراج العملى للقاعدة القانونية ؛ وهى كما يقسمها الفقه ، طرق مادية وطرق معنوية . فنعرض لكل منها فى مطلب على حدة .

المطلب الأول

الطرق المادية

Procédés matériels

١٠٦ — تعريف

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الأدوات التى تعبر عن

جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما فى مظهر خارجى • وسوف نجتزىء — فى بيان هذه الطرق المادية — بالاشارة الى طريقتين اثنتين منها هى : أولا ، ترجمة جوهر القاعدة القانونيـة برقم معين محـدد ، وهو ما يعرف بإحلال الكم محل الكيف ، وثانيا ، اشتراط أشكال محددة لترتيب آثار قانونية معينة •

١٠٧ — احلال الكم محل الكيف (١)

يقصد بهذه الطريقة المادية من طرق الصياغة القانونية وهى « احلال الكم محل الكيف » (Substitution du quantitatif au qualitatif) ، اعطـاء القاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونهـا برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آليا ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضى •

فالمعنى الذى يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفا معنويا يصاغ اذن صياغة كمية أو رقمية ، تحدده فى العمل تحديدا ثابتا لا تأويل فيه ولا ابهام، مما يمنع الخلاف بشأنه وييسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء •

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة • ذلك أن جوهر القاعدة القانونية فى هذا الشأن ، هو اناطة الأهلية بتمـام التمييز ورجحـان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق العملى الحاسم • فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الأهلية ، لا يأتى — والأفراد متفـاوتون فى ذلك أشد التفاوت — الا بترك الأمر الى القاضى ، يتفحص كل فرد من الأفراد على حدة ليعين له أهليته تبعا لدرجة نضوجه العقلى • وليس يحتاج الأمر الى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلا عن أنه يخلق مصدرا للمنازعات لا ينضب ،

---

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. III, No. 197. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 122 et s.

مما يضيع كثيرا من الوقت والجهد والمال . من أجل ذلك كان من الحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل — وهو معنى كيفى — ترجمة عملية يسيرة الفهم والتطبيق . وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشد الفرد العادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » (م ٤٤/٢) .

٨ — ومن قبيل ذلك أيضا تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية . فتحدد أهلية الانتخاب مثلا بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحديد أهلية الترشيح لعضوية المجالس النيابية بسن معينة (٣٠ سنة لمجلس الأمة) أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للضريبة التى يدفعها سنويا .

٩ — وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة ، تراعى فى قدرها قوة أو درجة القرابة الى المتوفى . وتحديد مدى حق الايصاء بنسبة معينة من التركة هى الثلث مثلا كما هى الحال فى القانون المصرى . وتحديد الغبن فى بيع عقار ذى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) . وتحديد الربا الفاحش يزيد على سبعة فى المائة (م ٢٢٧ مدنى) . وتحديد التقادم المسقط للالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة كقاعدة عامة (م ٣٧٤ مدنى) ، وتحديد التقادم المكسب لملكية شىء أو حق عينى باستمرار حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كذلك (م ٩٦٨ مدنى) . وتحديد العقوبات على الجرائم اما بتقييد الحرية مدة معينة واما بدفع مبلغ من المال كغرامة ، سواء كانت مدة تقييد الحرية أو قيمة الغرامة ثابتة أو متراوحة بين حدين : حد أقصى وحد أدنى .

١٠ — وقد يكون كذلك من قبيل احلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة

القانونية الى عدد محدود من الحالات ، أى صياغتها صياغة تحصره وتعدده بما لا يدع مجالا لمجاوزة الحصروالتعديده ومن أمثلة ذلك نص المادة ٥٠٢من التقنين المدنى الذى يوجب رفض طلب الرجوع فى الهبة اذا وجد مانع من موانع ثمانية أوردها على سبيل الحصر • ونص المادة ٩٣٦ من نفس التقنين الذى يثبت الحق فى الشفعة لأشخاص يعدهم عدا بما يتوافر فيهم من صفات معينة • ونص المادة ٩٣٩ الذى لايجيز الأخذ بالشفعة فى حالات يوردها على سبيل الحصر •

١٠٨ ـ الشكليات ((١))

يقصد بذلك المظاهر الخارجيـــة التى يفرض على الأفراد اتباعهـــا فى تصرفاتهم لامكان ترتيب آثار قانونية معينة • وبذلك ينضاف الى العنصر الداخلى عنصر خارجى يؤكد وجوده ويضمن مفعـــوله فى نطاق القانون • ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجيـــة ، اما التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، واما تيسير اثباتها من بعد ، واما امكان الاحتجاج بها على الغير •

أما الشكل الذى يقصد منه التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أى اثبات التصرفات بكتابة رسمية تتم على يد موظف رسمى طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه • ولئن كانت القاعدة العامة فى القانون الحديث اليوم هى مبدأ الرضائية ، أى الاكتفاء بحصول التراضى بين المتعاقدين لانعقاد العقدوالالزام به ـ خلافا لما كان قائما فى القانون الرومانى من قبل ـ الا أن من التصرفات ذات الخطر والأثر الضخم ما يقتضى التنبيه اليها والتسعير على من يريد ابرامها ـ باشتراط حصول هذا الابرام أمام مـوظف رسمى مختص ـ ليتـدبر أمرها ويبصر

---

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 202-206. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 172-175. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 61.

بمخاطرها ، فلا يقدم عليها الا عن روية وبصيرة •

ومن قبيل ذلك ماتشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلة • وما تشترطه المادة ١٠٣١ من رسمية الرهن التأمينى أو الرسمى ، وهو ــ كما تعرفه المادة ١٠٣٠ ــ العقد الذى به « يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » • وتنبغى الاشارة الى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا شرط لاثباته ، فان لم تتم هبه العقار بورقة رسمية فهى باطلة ، وان تم الرهن الرسمى بورقة عرفية فهو باطل منعدم لاتترتب عليه آثاره القانونية •

ومن قبيل الأشكال التى يقصد منها التنبيه الى خطورة التصرف ــ غير الشكل الرسمى ــ اشتراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ، كبعض التصرفات المحددة التى لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة حماية لأموال القاصر •

وأما الشكل الذى يقصد منه تيسير اثبات التصرفات منعا لكثرة المناقضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة • ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٤٠٠ من التقنين المدنى من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة وحدها فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، وأما ما يقل عن ذلك فيصح اثباته بالبينة • فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين التصرفات التى تكون على جانب من القيمة المالية ؛ ولا حرج من الترخص فى اثبات الأولى ولو عن طريق البينة ، أما الثانية فالمصلحة تقضى باشتراط الكتابة بشأنها • فان لم تتم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ، وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها • فالكتابة اذن شرط لاثبات هذه التصرفات لا شرط لانعقادها •

وأما الشكل الذى يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات فى مواجهة الغير، فمن أمثلته ما تنص عليه المادة ٥٠٦/١ من التقنين المدنى من أنه « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون» . وما تنص عليه المادة ١٠٥٣ من التقنين المدنى من أنه لا يكون الرهن الرسمى نافذا فى حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وكذلك ما تنص عليه المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى من أن التصرفات الكاشفة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لا تكون حجة على الغير الا بالتسجيل . ففى هذه الحالات يقوم الشكل حماية واعلانا للغير ، بحيث يكون له — عند تخلفه — تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانونى .

وينبغى أن يراعى أن الأشكال المستخدمة فى الصياغة القانونية — على اختلاف أنواعها — قد أصبحت اليوم ضرورية للحد من مضار وأخطار ما يسميه البعض « روحية » (spiritualisme) القانون الحديث «[١]» فى الاكتفاء بمجرد الارادة والنيه لترتيب الآثار القانونية ، اذ قد يكون من شأن هذا الاكتفاء اغفال صالح قانونى واجب الرعاية ، مما يحتم فرض تعبير أو مظهر خارجى يوفر له الحماية .

ولكن لايجب أن يطغى الشكل على الموضوع أو الجوهر . فحيث يكون المبدأ — كما هى الحال فى القانون الحديث — هو مبدأ عدم الشكلية، فان الشكلية يجب أن تكون محصورة فى حدود وبقدر الضرورات التى تحتمها «[٢]» .

( ) Gény, op. cit., t. III, No. 206, p. 117.

(٠) Gény, op. cit., t. III, No. 206, pp. 117, 118.

المطلب الثانى

الطرق المعنوية

Procédés Intellectuels

١٠٩ - تعريف

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونيـة الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهنى بحت فى سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها • فهذه الطرق المعنوية اذن ليست الا طرقا منطقية محضا من صنع الذهن •

وسوف نجتزىء فى بيان هذه الطرق بالاشارة الى اثنتين هامتين منها هى : القرائن القانونية ، والافتراض أو الحيل القانونية •

١١٠ - القرائن القانونية (١)

يقصد بالقرائن القانونية (présomptions légales ou de droit) أخذ أمر مشكوك فيه - ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف فى العمل - على أنه أمر مؤكد ، أى تحويل الشك فى شأنه الى يقين ، واخراج القاعدة القانونية

---

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 230-239, pp. 264-360. — Dabin, op. cit., pp. 235-274. — Barraine, Théorie générale des présomptions en droit privé, thèse, Paris, 1942. — Decottignies, Les présomptions en droit privé, 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, 1954, pp. 56-59. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 61, 215, 245. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 336, 733, 737.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، الجزء الثانى ، الاثبات - آثار الالتزام ، فقرات ٣٢١ - ٣٤٠ - عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢٤ - ٢٣٢ . - عبد الباسط جميعى ، نظام الاثبات فى القانون المصرى ، ١٩٥٣ ، ص ١٩٦ وما بعدها .

على هذا الأساس • ذلك أن ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه شك أو غموض يستعصى على الجـلاء ؛ ولما كان التحقيق العملى للقانون ولفكرة العدل التى يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا معينا، فان هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية • فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية تتلخص فى تبديد الشك والاختلاط الذى يحيط بعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الأكثر موافقة للراجح والمألوف فى العمل »[١] •

والأصل هو استخدام القرائن القانونية فى مجال الاثبات ، وان كان ذلك لا يمنع من استخدامها فى فرض قواعد موضوعية خالصة كذلك •

(١) القرائن القانونية فى مجال الاثبات :

المجال الأصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات ، فحيث يتعلق الأمر باثبات مركز واقعى لتطبيق القانون عليــه من بعد ، قد يكتفى القانون — لاعتبارات مختلفة — باقامة قرينة قانونية على وجوده يؤسسها على غلبة تحققه ورجحانه للعادى والمألوف فى العمل •

وأكثر ما يعرض ذلك فى شأن الأوضاع التى يستحيل أو يستعصى اثباتها بدليل مادى على وجه حاسم ، فحينئذ لا يجد القانون مناصا من حسم الشك فى أمرها حسما باتا على الوجه الذى يوافق المألوف فيها فى العمل • فالشك فى أمر وضع من هذه الأوضاع ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهنى يأخذ الغالب فى العمل أمارة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع • وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والأمن والاستقرار فى المجتمع ، اذ لو ترك الأمر للاثبات المادى العادى المباشر — وهو متعذر فى مثل هذه الأوضاع أو مستحيل — لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ، ولدخل التحكم أحكام القضاء •

---

(١) Gény, op. cit., No. 230, pp. 266, 267.

ومن قبيل ذلك قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيعتبر الولد ابن الزوج ؛ فالولد اذن ثمرة الزوجية ونتاجها ، أو كما ورد فى حديث الرسول عليه السلام « الولد للفراش » . وذلك أن اثبات نسب المولود للزوج أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به . ولكن لما كان الغالب فى العمل وطبقا لالتزامات الزوجية هو أن تكون الزوجة مقصورة على زوجها ، فلا تتصل اتصالا جنسيا الا به ولا تلد بالتبعية الا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادى مباشر محمل اليقين ، فيعتبر المولود لزوجته من حمل حدث وقت الزوجية «[١]» ابنا له .

ومن قبيل هذه القرائن كذلك ، قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه «[٢]» . فهذه القرينة القانونية مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينة على وفاة المفقود أو حياته ؛ اذ المصلحة تقضى — فى الحالات التى يغلب فيها هلاكه — باعتباره ميتا ، لتصفية ما هو معلق من حقوقه . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمارة على تحققه وقرينة على وفاته .

---

(١) يعنى القانون كذلك باقامة قرائن قانونية على اعتبار الحمل حادثا وقت الزوجية بتحديد حد أدنى وحد أقصى له من وقت انعقاد الزواج . فميلاد طفل للزوجة بعد ستة اشهر من وقت هذا الانعقاد وقبل فوات سنة منه ، قرينة على أنه حمل واقع حال قيام الزوجية (انظر عبد الوهاب خلاف ، احكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ . عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ص ٤١٠ و ٤١١) .

(٢) تنص المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع ستين من تاريخ فقده . واما فى جميع الأحوال الأخرى ، فيفوض امر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا او ميتا . . »

وبذلك يحكم بوفاة المفقود ـ رغم تخلف الدليل المادى المباشر على الوفاة ـ أخذا بما هو غالب وراجح فى أمره ، فتقسم تركتـه بين ورثته ، وتعتد زوجته عدة الوفاة بحيث يحل لها الزواج من غيره بانقضاء هذه العدة .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، القرائن التى يقيمهـا المشرع فى شأن المسئولية عن الغير أو عن الأشياء . فهو يتخذ من ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقابته بتقصيره فى أداء ما يقع عليه من واجب الرقابة (م ١٧٣ مدنى) . ويتخذ من الضرر الحادث من الحيوان أو من انهدام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره فى القيام بهذه الحراسة (م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدنى) .

ومن قبيل هذه القرائن كذلك ، ما تقرره المادة ٥٨٧ من التقنين المدنى من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط » . وما تقرره المادة ٣/٩١٦ من نفس التقنين من أن التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قرينة على صدوره منه على سبيل التبرع .

وفى كل هذه القرائن وأمثالها يقيل القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره ، اذ هذا الاثبات متضمن فى ذات القرينة ؛ ولذلك تقرر المادة ٤٠٤ من التقنين المدنى أن « القرينة القانونيـة تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقـة أخرى من طرق الاثبـات . . . » . ولكن يبقى ـ بطبيعة الحال ـ واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته أن يقيم الدليل على توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها . وبذلك ينتهى الأمر الى تبديل محل الاثبات ، فبدل أن يرد على محل أو موضوع القرينة ذاته ، يرد على واقعة أخرى يعتبر ثبوتها شرطا لاعمال القرينة .

وبذلك يكفى اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حادث وقت الزوجية، لاعتبار المولود ابنا للزوج دون حاجة الى اثبات هذا النسب.

ويكفى اثبات غيبة المفقود فى ظروف يغلب فيها هلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويكفى اثبات خطأ القاصر ، لاعتبار متولى رقابته مقصرا فى الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . ويكفى اثبات الضرر الحادث من الحيوان أو انهدام البناء أو الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، لاعتبار الخطأ ثابتا فى جانب الحارس دون حاجة الى اثباته . ويكفى اثبات الوفاء بقسط لاحق من الأجرة، لاعتبار الوفاء حاصلا بالأقساط السابقة دون اثباته . ويكفى اثبات صدور التصرف من المورث فى مرض الموت ، لاعتباره صادرا على سبيل التبرع دون حاجة الى اثبات نية التبرع عند المورث .

واذا كانت القرائن القانونيــة فى مجال الاثبات تقام عادة لتفــادى صعوبة الاثبات أو استحالته بحيث تعفى من تقررت لمصلحتــه من اثبات ما تقضى به ما دام يقيم الدليل على توافر ما يتطلبــه القانون من شرائط لاعمالها ، فيكون من الطبيعى ــ والقرائن القانونيــة مبنية على الغــالب والراجح فى العمل ، بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنــة أو خلاف ــ أن يترك الباب مفتوحا فى الأصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز اقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ وتقض القرينة المقامة فى شأنها بالتالى . ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية **قرائن بسيطة** تقبل اثبات العكس . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولاعتبارات خاصــة الخروج على هذا المبــدأ واعتبار بعض القرائن القانونية « **قرائن قاطعة** » لا يجوز اثبات عكس ما تقضى به «[1]» . وهذا ما تعنيه المادة ٤٠٤ من التقنين المدنى بقولهــا ان « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق

---

(١) وفى ذلك تقرر المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى « . . . أن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عددا من القرائن القاطعة ، وازاء ذلك تكون بساطة القرينة هى القاعدة . على أن القواعد العامة فى الاثبات تنهض لتوجيــه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابى يجوز نقضــه اما بطريق =

الاثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

واذا كانت القرائن القانونية فى الأصل قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس ، فالمبدأ أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة «١» ، الا أن يستلزم المشرع طريقا معينا خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضى به فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها . ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر فى الشريعة الاسلامية لنقض قرينة «الولد للفراش» وهو طريق اللعان «٢»؛ وطريق الطعن بالتزوير لدحض قرينة حجية الورقة الرسمية بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره (م ٣٩١ مدنى) .

= الطعن بالتزوير واما باقامة الدليل العكسى . والقرينة القانونية ليست الا حجة يقيمها الشارع ؛ فاذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة ، فهى لاتعدو أن تكون احتمالا يصح فيه الخطأ فى بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز اقامة الدليل العكسى لنفى القرينة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على عدم جواز ذلك والاحوال التى تؤسس فيها القرينة على النظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ، ص ٤١٧ و ٤١٨) .

(١) انظر فى تفصيل ذلك ، وفى الخلاف خاصة حول طرق دحض القرينة المستخدمة فى اثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٩ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٩ .

(٢) يفرض هذا الطريق على أساس قوله الله تعالى : « والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها أن كان من الصادقين » (سورة النور الآيات ٦ — ٩) .

انظر فى تفصيل هذا الطريق وشروطه :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ — ٤١٤ .

وأما حيث يقرر القانون استثناء قرائن قانونية قاطعة ، فيستحيل فى الأصل اقامة الدليل على عكس ما تقرره «١» . ومن قبيل ذلك ، ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الأشياء أو الآلات الميكانيكية (م ١٧٦ و ١٧٨ مدنى «٢» .

وغنى عن البيان أن **القرائن القانونية** ، فى مجال الاثبات الذى سبق تفصيله، تفترق عن **القرائن القضائية** . فالقرائن القانونية أداة أو طريقة من الطرق المعنوية لصياغة القاعدة القانونيـة ، أى أن اقامتها انما تكون فى مرحلة تكوين القـاعدة القانونيـة ، ولذلك تكـون من صنع المشرع أو القانون الوضعى«٣» بوجه عام.أما القرائن القضائية، فهى من صنع القاضى، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصهـا يكون فى مرحلـة تطبيق القاعدة القانونية لا فى مرحلة تكوينهـا . فالقاضى يستخلص من ظروف كل قضية وملابساتها ، ويستنبط من بعض الوقائع الثابتـة لديه أمارات يكون بها عقيدته ــ طبقا للغـالب فى العمل ومجـرى الأمور الطبيعى ــ فى شـأن واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر ؛ وبذلك تعتبر القرائن

(١) ومع ذلك ، فمن المتفق عليـه أن القرائن القانونيـة القاطعة يمكن دحضهـا ــ خروجـا على هذا الأصـل ــ بالاقـرار أو اليمين . (انظر Decottignies, thèse précitée, No. 53-55. — عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٢) .

(٢) من الواضح ان القرينة القانونية هنا قرينة على الخطأ وليست قرينة على المسئولية . ولذلك فاذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس اقامة الدليل على عكسها باثبات عدم تقصيره أو خطئه فى الحراسة ، فان ذلك لا يمنعه من نفى مسئوليته عن طريق نفى علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٣) لايستأثر التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمى آخر من مصادر القانون الوضعى . ولذلك يملك العرف كما يملك التشريع اقامة القرائن القانونية ؛ والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعى كله الى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . (انظر فى هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330 — وقارن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، فقرة ٣٢٢) .

القضائية بمثابة أدلة غير مباشرة يستخلصها القاضى فى سبيل تكوين عقيدته. ومن قبيل القرائن القضائية ، استخلاص القاضى صورية التصرف القانونى من قيام علاقة زوجية أو قرابة بين أطرافه ؛ واستخلاص التحايل على ما يقرره القانون للجار من الأخذ بالشفعة ، من بيع الأرض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لأرض الجار أو مع هبة هذا الجزء الى مشترى الأرض .

(٢) القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية :

اذا كان المجال الأصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات أى مجال القواعد القانونية المتعلقة باثبات الحق ، مما حدا ببعض الفقهاء الى اعتبار القرائن فى هذا المجال هى وحدها القرائن القانونية بالمعنى الدقيق ؛ فان الحاجة اليها لا تقتصر على هذا المجال ، بل قد تمس الحاجة اليها كذلك فى مجال القواعد القانونية الموضوعية أى القواعد المتعلقة بموضوع الحق لا باثباته .

ذلك أن بعض الأوضاع التى تحكمها هذه القواعد من حيث الموضوع قد يكتنفه الغموض والاختلاط ، فيكون من اللازم — لاعطاء هذه القواعد نوعا من الضبط والتحديد والاحكام — نفى هذا الغموض والاختلاط ، بأخذ الاحتمال الغالب والراجح فى العمل فى شأن هذه الأوضاع أساسا يؤكد ويعمم فى كل حالاتها .

فالفكرة اذن واحدة فى مجال الاثبات ومجال القواعد الموضوعية على السواء ، من حيث قيام القرائن على فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الشك والاختلاط . ولكن يبقى ثم فرق جوهرى بين وضع القرائن فى كل من المجالين . ففى مجال القواعد الموضوعية ، لا يتعدى دور القرينة دور الدافع أو العلة لتقرير حكم القاعدة التى تقررها ، وقد لاتكون هى الدافع أو العلة الوحيدة لذلك ؛ وعلى أى حال ، فمتى أدت دورها من الدفع الى تقرير هذا الحكم ، تلاشت وبقى الحكم وحده قائما دونها على استقلال .

أما فى مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل فى محله ، فانهـا تصبح حينئذ محل أو موضوع قاعدة الاثبات التى تقررها ، وليس مجرد دافع أو علة لها كما هى الحال فى مجال القواعد الموضوعية »(١) .

وما دامت القرينة تعتبر فى ذاتها محل القاعدة فى مجال الاثبات ، فلا يتصور الفصل حينئذ بين القـاعدة وبين القرينة بما تقوم عليه من فكرة الاحتمال أو الرجحان ؛ وهو ماينتهى الى اناطة تطبيق القاعدة بهذه الفكرة ، بحيث يصبح فى الامكان التوصل ـ فى الأصل ـ الى منع اعمال القاعدة فى شأن الحالات التى تشذ بها ظروفها ـ على وجه اليقين ـ عن مقتضى ما تعممه القرينة من احتمال ورجحان . فقرينة اعتبار المفقود ميتا ومتولى رقابة القاصر مخطئا ، تنقض حيث تتخلف دلالتها فى بعض الحالات ، بعودة المفقود أو قيام الدليل على استمرار حياته ؛ وبثبوت قيام متولى الرقابة بما يفرضه القانون عليه من واجب الرقابة بما ينبغى من حيطة وعناية .

أما فى مجال القواعد الموضوعية ، فان القرينة القانونية ـ وهى تقتصر على تمثيل دور الدافع أو العلة للقاعدة الموضـوعيـة ـ تنفصل عن هذه القاعدة ، بحيث لا يصبح اعمالها مناطا بما دفع الى تقريرها من قرينة تعمم احتمالا أو رجحانا معينا ؛ وبذلك لا يتأتى منع اعمالها فى شأن بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان .

وأظهر مثل على القرائن القـانونية فى مجال القواعد الموضوعيـة ما يعمد اليه القانون الوضعى من تحديد سن الرشد باحدى وعشرين سنة. فالقانون بذلك انما يقيم هذا الحكم مدفـوعا باعتبار هذه السن قرينـة على كمال الارادة ونضج العقل ، حيث أن الغالب الراجح فى العمل هو توافر

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. III, No. 238. — Decottignies, thèse précitée, Nos. 22, 26.

عبد الرزاق ، السنهـورى ، المرجع السـابق ، الجزء الثانى ، فقرة ٣٣٤ و ٣٣٥ .

هذا الكمال والنضج للأفراد ببلوغ هذه السن • ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود ، تتلاشى القرينة التى دفعت الى تقريرها بعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق اعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة فى كل الحالات • ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح فى العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلى والارادة قبل سن الحادية والعشرين •

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقررة القانون من أن «الحيازة فى المنقول سند الحائز»• فهذه القاعدة الموضوعية تختفى وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب فى العمل من أن حيازة المنقول تكون بيد المالك • ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، اذ تقوم منها مقام العلة والدافع• ولذلك لايعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينةفى كل الحالات• فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه ـ فى الحالات التى تشذ عن حكم الغالب ـ بدعوى أن المالك الحقيقى شخص آخر غير الحائز ، اذ الحيازة ـ متى توافرت شرائطها ـ تصبح بمقتضى القاعدة سببا لملكية المنقول •

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية الأمر المقضى » «[1]» (L'autorité de la chose jugée) • فهذه قاعدة موضوعية تختفى وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائى عنوان الحقيقة فيما قضى به ، اذ الغالب أن تقيم الأحكام القضائية قضاءها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة • واذا كانت مثل هذه

---

(١) تجب التفرقة بين « حجية الأمر المقضى » و « قوة الأمر المقضى » • فالحجية تلحق كل حكم موضوعى فاصل فى خصومة ، سواء كان نهائيا أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا . اما القوة فلا تلحق الا الحكم النهائى وحده وهو الذى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (أنظر : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، فقرة ٣٤٢) •

القرينة احدى الدوافع الى تقرير هذه القاعدة «١» ، فانها تتوارى وتنفصل عنها ، بحيث لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الأحكام القضائية . فالأمر المقضى تكون له دائما حجيته ، دون نظر الى ما قد يشذ فى النادر من أحكام عن مقتضى الغالب من قضاء الأحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم فى نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائى ، أن يجددوا أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونيـة — أى بدفع أو دعـوى مبتـدأة — نفس النزع المتعلق بذات الحق محلا وسببا (م ٤٠٥/١ مدنى) .

واذا كانت هذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضوعيـة ، فيبقى على أى حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها وهو ما يمدها بسند عقلى منطقى يبرر أحكامها «٢» .

١١١ ـ الافتراض او الحيل القانونية «٣»

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية (fictions juridiques ou de droit) اعطاء وضع من الأوضاع حكما يخالف حقيقة من حقائق الواقع الطبيعية«٤» توصلا الى ترتيب أثر قانونى معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونيةاحتيالا وتزويرا على الواقع؛

---

(١) من الدوافع الأخرى لهذه القاعدة ، انه ليس من المصلحة تعريض هيبة الأحكام القضائية للضياع باثارة ما قضت فيه من جديد عن غير طرق الطعن القانونية ، والا اضطربت المعاملات ، وضاعت الثقة فى الأحكام ، وتأبدت الخصومات .

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 239, p. 359.

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Dabin, op. cit., pp. 275-345. — Dekkers, La fiction juridique, Etude de droit romain et de droit comparé, 1935. — Gény, op. cit., t. III, Nos. 240-252, pp. 360 - 445.

(٤) وهذا ما يذهب اليه جمهور الفقهـاء ، مع اعطاء الحقائق الطبيعيـة (réalités naturelles) التى يخالفها الافتراض أو الحيل القانونية مدلولا واسعا لا يقتصر على الحقائق المادية (réalités physiques) وحدها، بل يمتد كذلك ـ

اذ — وهى تقوم على تصوير ذهنى معين — لا تجعل منه انعكاسا لأصل صورته الطبيعية فى الواقع ، بل قلبا وتحريفا له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين »[١] .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونيــة » . فرغم أنهما يشتركان فى اعتبارهمــا طرقا معنوية لصياغة القاعدة القانونيــة تقوم على تصوير ذهنى للــواقع ، تحكمى بعض الشىء ، بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ؛ الا أن الطريقة الأولى تؤسس تصويرها على الاحتمــالات الغالبة الراجحة فى العمل بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى الطبيعى للأمور ؛ بينما تستبيح الطريقة الثانية — فى سبيل الوصــول الى الهدف المقصــود — تأسيس تصويرهــا على انكار الواقع أو تشويهــه »[٢] . ولذلك يعتبر الافتراض

= الى الحقائق العلمية والفلسفية والتاريخية والفكرية (انظر فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., III, No. 241. — Dabin, op. cit., p. 284 et s. — Ismail Ghanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit Egyptien, thèse, Paris, 1951- note (1) p. 206 et s.

منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينى ، وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٣ ، فقرة ٦٤ ، ص ٩٧–٩٩) .

ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهاء الى أن « الافتراض » انما يقوم على مخالفة حقيقة قانونية (réalité juridique) لا على مخالفة حقيقية طبيعية .
انظر : (Dekkers, op. cit., No. 28, 29. — Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, p. 243).

ولكن هذا الرأى يغفل أن قيام القانون نفسه بمخالفة ماسبق له تقريره من حقائق ومبادىء انما يعتبر مع جانبه نسخا لها أو تحديدا من اطلاقها بايراد استثناءات عليها ، وهو ما يملكه باعتباره واضعها وصانعها من الأصل (انظر فى انتقاد هذا الرأى كذلك وفى التفرقة بين جوهر الافتراض ونتيجته (I. Ghanem, Thèse précitée, p. 208, note) . ولكن من الواضح أن الحقائق القانونية اذا كانت تعبر عن حقائق طبيعية ، فحينئذ تكون مخالفتها من قبيل الافتراض لا بصفتها حقائق قانونية ولكن بصفتها حقائق طبيعية .

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 241, pp. 267-269.

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp. 260, 261.

مخالفة صريحــة للواقع ، بينمــا تعتبر القرائن تسليمــا بحكم الطبيعى والغالب منه ٠

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام «الموت المدنى» «١» الذى كان معروفا ــ كعقوبة تبعية ــ فى بعض الشرائع الى قريب ٠ فبمقتضاه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحتا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقائه فعلا بقيد الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض أثره القانونى من انهاء الشخصية بما يستتبعه هذا الانهاء من نتائج مختلفة ٠

وكذلك يعتبر من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية ، مايقرره القانون من أن قسمة المال الشائع ذات أثر رجعى ، بمعنى أنه يفترض أن كل متقاسم كان مالكا للنصيب المفرز الذى آل اليه بالقسمة منذ بدء الشيوع وأنه لم يملك غيره شيئا أبدا (م ٨٤٣ مدنى)٠ فالقانون بذلك يغفل الواقع من قيام فترة من الشيوع قبل القسمة لم يكن يتملك فيها كل شريك أى جزء مفرز محدد على سبيل الاستئثار والانفراد دون الباقين ، وأن التملك على هذا النحو لم يتأت الا بالقسمة ومن تاريخها ٠

ويعتبر كذلك من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة أو ساعتين من الزمان فى أوقات معينة من السنة مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى ٠

وتعتبر طائفة « العقارات بالتخصيص » (immeubles par destination) وطائفــة « المنقولات بالمــآل » (meubles par anticipation) ، من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعى للأشياء مخالفــة صارخة ٠ فيفترض أن بعض المنقــولات عقارات اذا كانت مرصــودة على خدمة عقار أو استغــلاله ، ويفترض أن بعض العقارات منقولات مادام مآلها القريب الى الانفصال عن أصل ثباتها والتحول بذلك الى منقولات ٠

«١» انظر لاحقا ، هامش «١» ، ص ٧١١ و ٧١٢ ٠

ففى هذه الأمثلة وغيرها ، يخالف القانون حقيقة من الحقائق الطبيعية الواقعة بقصد الوصول الى ترتيب أثر قانونى معين يمنع وجود هذه الحقيقة من تقريره • فشخصية الانسان مثلا لا تنتهى الا بموته موتا طبيعيا، فاذا أريدفى بعض الحالات التوصل — كعقوبة — الى انهاء الشخصية واعدام الأهلية لدى بعض الأفراد وهم ما يزالون بعد بقيد الحياة ، فلا يتأتى ذلك الا بافتراضهم من الأموات • واذا كانت الأشياء تنقسم بطبيعتها الى عقارات ومنقولات بحسب ثباتها أو حركتها ، فان احترام هذه الحقيقة الطبيعية بصفة مطلقة قد لا يكون فى صالح نشاط الاستغلال وازدياد التعامل ، وحينئذ لا يتحرج القانون من قلب هذه الحقيقة ومخالفتها • فقد يكون مما يعرقل ما يؤديه العقار من خدمة أو استغلال ، احترام الطبيعة المنقولة للمنقولات المرصودة على هذه الخدمة أو الاستغلال كالمواشى المرصودة على استغلال الأرض ، بما يستتبعه ذلك من امكان فصلها عن العقار وتعطيل ما تستخدم فيه من هذا الغرض ؛ فكفالة لاستمرار مايؤديه العقار باستخدامها من خدمة أو استغلال ، يفترض القانون الطبيعة العقارية لهذه المنقولات لتتساوى فى الوصف والمصير مع العقار ، فلا يجوز الحجز عليها حينئذ حجز منقول ولا التنفيذ عليها منفصلة عن هذا العقار • وكذلك قد يكون مما يعرقل نمو التعامل على بعض العقارات التى ستؤول فى القريب الى منقولات — كمبنى معد للهدم أو محصول زراعى فى الأرض ينتظر تمام النضج للحصاد — أخذها بطبيعتها العقارية الحالية بما يستتبعه ذلك من اجراءات وقيود فى شأن مايرد عليها من تصرفات أو حجوز ؛ ولذلك يترخص القانون — استباقا للمستقبل — فى افتراض الطبيعة المنقولة لها من قبل أن تتحول فعلا الى منقولات •

واذا كانت فائدة الافتراض أو الحيل القانونية ظاهرة على هذا النحو ، فلا يجب اغفال ما تنطوى عليه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من أخطار جسيمة نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع • ولذلك ينبغى أن يظل التجاء القانون الى هذه الطريقة محصورا فى أضيق

الحـــدود ، حين يكون الالتجاء اليهـــا أمرا لازما لتحقيق العـــدل أو النفع الاجتماعى ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هى التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية «١» .

وعلى أى حال ، فان تحـــديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الغرض المقصـــود من تقريره ، فيكون اذن محلا للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون «٢» . ولذلك فاذا كان القانون يفترض مثلا الأثر الرجعى للقسمـــة ، فيجب أن يقصر هذا الأثر على حدود الغرض من تقريره وهو مجرد حماية كل متقـــاسم ــ فيما يؤول اليه من نصيب مفرز بالقسمة ــ مما سبق أن أجراه شريك آخر على هذا النصيب من تصرفات ابان قيام الشيوع ، بحيث لا يؤول اليه بالقسمة الا نصيب خالص محرر من حقوق الغير التى لم يكن له دخل فى تقريرها . أما فيما يجـــاوز حدود هذا الغرض ، فيجب الكف عن المضى فى الافتراض ، والرجوع الى الواقع من أن الملكيـــة المفرزة للمتقاسم على هذا النصيب انما تحددت على هذا النحو بالقسمة ومن تاريخها لا من تاريخ بدء الشيوع .

---

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418.

(٢) يقصر « جينى » ذلك على حالـــة ما اذا كان الافتـــراض حلا تحكميـــا يفرضـــه المشرع . اما اذا كان المشرع قد ألبس مبـــدا نافعا أو عادلا ، ثوب الافتراض لكى يسهل اجراءه فى الحياة العمليـــة ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ماهو اهل له من مدى واسع (Gény, op. cit., t. III, No. 251, p. 436)

الفصل الثـانى

اعطاء القاعدة القانونية القوة الملـزمة فى العمل

١١٢ ـ تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى . غير أنه يظل مجردا من قوة تلزم الأفراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام أدبية يفرضهـا العقل ، فيحتـاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الأفراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطـة تعطيهـا القوة الملزمة فى العمل ، فتفرضهـا على الناس وتحملهم جبرا على احترام أحكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونيـة قاعدة وضعيـة ، أى قاعدة سائدة مطبقـة فى العمل ، ترصـد الدولـة قوتهـا المادية على كفالة احترامها .

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ؟ أو بعبارة أخرى ، ما هى المصادر الرسميـة للقاعدة القانونية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول ـ فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .

المبحث الثانى ـ فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .

المبحث الاول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

١١٣ – تمهيد

ليست المصـادر الرسميـة للقاعدة القانونية واحدة مشتركة فى كل الجماعات ، بل هى تختلف من جماعـة الى أخرى تبعا للظروف الخاصـة المحيطة بكل منها ، والتى تتفاوت بتفاوت الزمان ٠

ورغم هذا الاختـلاف بين الجماعات فى المصـادر الرسميـة للقاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول ان العرف والتشريع – على تفاوت بينهما فى الأهمية والمرتبه بحسب المكان والزمان – يعتبران كقاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا ٠

غير أن ثم مصادر أخرى – الى جنب العرف والتشريع – عرفتهـا بعض جماعات دون أخرى فى القديم والحديث على السـواء ، وان يكن حظها اليوم – فى عداد المصادر الرسميـة للقواعد القانونيـة – اما ضئيلا كالدين ، أو منعدما كالفقه ، أو خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء ٠

فنعرض اذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين، ثم الفقه ، ثم القضاء ٠

المطلب الاول

العرف والتشريع

١١٤ – تمهيد واحالة

لعل أول مصدر عرفتـه الانسانية من المصادر الرسميـة للقـاعدة

القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر فى العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الأفراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم فى الزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الاجبار على من يخالفها •

ولكن مثل هذا المصدر — ان كان يوافق الجماعات البدائيـة حيث حاجاتها لم تتعقد بعد — ، الا أنه لا يلبث — مع تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها — أن يقصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف — وهو مصدر بطىء الانتاج — عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة • فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع ، تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان •

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفتهما كل الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان يكن حظهما فيها متفاوت كل التفاوت • فالعرف فى القديم كان هو المصـدر الرسمى الأول ثم مازال يتقهقر فى أهميتـه حتى غدت الصـدارة اليـوم — عند أغلب الجماعات — للتشريع فى الالزام بالقواعد القانونية • ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف فى العصر الحديث المكان الأول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع • غير أن انتشار المذهب الاجتمـاعى فى الآونة الحاضرة ، بما يستتبع من ازدياد تدخل الدولة فى نشاط الأفراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف فى مركزه باعتباره المصدر الرسمى الأول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمهيدا لاحلاله محل العرف فى الأهمية والاعتبار •

وليس هنا مجال بسط القول فى التشريع والعرف ، فمحل ذلك عند الكلام فى المصادر الرسمية للقانون المصرى ، باعتبارهما فى الطلية منها ،

المطلب الثانى

الدين

١١٥ ـ صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والأحكام التى ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهى تنظم وتحكم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات أى علاقة المرء بنفسه . ولما كانت مثل هذه العلاقات لاتعنى القانون فى الأصل ــ كما سبق البيان ــ ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لا يعدو مجرد الجزاء الأخروى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص .

غير أن من الأديان ما جاء منتظما ــ فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الأخلاق ــ لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا ــ فضلا عن الجزاءات الأخروية ــ لجزاءات دنيوية كفالة لاحترام أحكامها ؛ ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون . ثم أتيح لمثل هذه الأديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها ما يمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الاجبار الجماعى ، فغدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون ــ فيما يطبق من قواعده ــ الى جنب المصادر الرسمية الأخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، فهذه القواعد الدينية غدت تلزم الأفراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة أى نصيب فى فرضها أو الالزام بها ، وانما يقتصر دور الدولة بشأنها على تسخير قواها المادية الغلابة فى سبيل كفالة احترامها .

ثم تهاوت على الزمن هيبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه ــ فى أغلب الجماعات ــ عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، ورده فى بعضها

الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أو كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع .

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها ؛ ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول الاسلامية . فالدين فى مصر مثلا مايزال معتبرا مصدرا رسميا من مصادر القانون ، ولكن فى نطاق محدود ؛ وهو معتبر فيها فضلا عن ذلك ضمن المصادر التاريخيـة لكثير من التشريعات ، أى ضمن المصادر الموضوعية أو الحقيقية باعتباره عنصرا من عناصر الحقائق الواقعية التى يتألف منها جوهر القانون. وفى بعض الدول الاسلامية الأخرى ـ كالدولة العربية السعودية والدولة اليمنية ـ ما زالت الشريعة الاسلامية هى المصدر الرسمى الأول للقواعد القانونية .

وأيا ما كان الأمر ، فالثابت أن الدول الغربية ـ وهى التى انتشر فيها الدين المسيحى ـ لم تعد تعتبر هذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيها اليوم . أما بعض الدول الشرقية التى انتشر فيها الدين الاسلامى ، فما زالت تعده الى اليوم ضمن المصادر الرسمية للقانون فيها ؛ وقد تعد غيره من الأديان كذلك ـ فيما يتعلق بمعتنقيها ـ مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى نطاق محدود هو عادة نطاق الأحوال الشخصيـة . فالدينان المتقابلان اليوم فى الشرق والغرب ، يختلفان اذن فيما لكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية فى نطاق العمل ، فنعرض لكل منهما فى ايجاز .

١١٦ ـ الدين المسيحى

تحكمت ظروف العصر الذى نشأ فيه هذا الدين ، فى صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفى حصر جهده فى تثبيت قواعد الأخلاق وتقويم

النفوس »[١] . ذلك أن الدين المسيحى قد نشأ فى عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتى بمزيد من القواعد القانونيـة والأحكام الدنيوية ، وانما كانت الحاجة اليه أكبر ما تكون لانقاذ الشرائع والقوانين من أيدى الجامدين والحرفيين ، وعبدة الألفاظ والنصـوص . من أجل ذلك ترك الدين المسيحى مجال القانون فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو الغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضها بالأخلاق ويهذبها بالعبادة ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر » »[٢] .

---

(١) فى ذلك العصر « تحجر نظام المجتمع فأصبح اشكالا ومراسم خلوا من المعنى والغاية ، وتحجرت معه الشرائع والقوانين . . . وتحجرت العقائد الوثنية فى الدولة الرومانية وتحجرت العقـائد الكتابيـة بين بنى اسرائيل ، فأصبح فرق الشعرة بين النصين يقيم الحرب الحامية على قـدم وسـاق ، وأصبحت التقوى علما بالنصوص وبحثا عن مراسم الشريعه ، وغلب « المظهر » على المتشبثين بالنصوص والمتصرفين فيها . . . فلا جرم يكون (الخلاص) فى عقيدة لا تؤمن بشىء كما تؤمن ببساطة الضمير ، ولا تعرض عن شىء كمـا تعرض عن المظاهر ، ولا تضيق بخلاف كما تضيق بالخـلاف على النصوص والحروف وفوارق الشعرة بين هذا التأويل وذلك التحليل » (عباس محمود العقاد ، عبقرية المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٠٢ و ١٠٣) .

(٢) « منذ اللحظة الأولى التى خطاها السيد المسيح فى التبشير برسالته ، أخذ على نفســه أن يعتزل « السلطة » ويتنحى لها عن ميدانها ، فلا يتصدى لها بابطال أو بانقاذ : لا يبدلها ولايدعى لنفسـه ولايتها ، وحق لكل معلم قادر أن يسلك تلك الخطة فى زمنه ، فانه ــ كما تقدم ــ قد نشأ فى دنيا تشكو الكظة من الشرائع والأوامر والنواهى والحكام والمتحكمين : ما فاض من رومة الشرائع تملأه مراسم الهيكل وشعائره ومحللاته ومحرماته ، وما فاض من رومة ومن الهيكل ملأته سيطرة هيرود وأبنائه وأذنابه وتابعيه ، ولا حاجة الى مزيد من الأحكام مع فساد الحكام . فاذا وجب اصلاح بعضها ، فالخير من اصـلاحـه لايساوى جهد الحرب ... وقد يدرك باصـلاح الضمائر وتهـذيب الآداب الانسانية وتعليم الآحاد امثلة من الأخلاق تهدى أصحابها حيث تضلهم الشرائع والقوانين » . (عباس محمود العقاد ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ و ١٢٣) .

ثم أتيح للدين المسيحى أن ينتشر بعد ذلك فى أنحاء الأرض وعلى الأخص فى بلاد الغرب، فأتيح بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان ، حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية ، وأمكن للكنيسة أن تفرض على الناس — الى جانب قواعد القانون الرومانى السائد حينئذ فى أغلب هذه البلاد — قواعد قانونية فى شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود . وهى قواعد لم ينزل بأكثرها الدين المسيحى نفسه — لأنه كما سبق البيان دين قد اعتزل فى نشأته السلطة وابتعد عن نطاق القانون — ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريجا من المثل والمبادىء المسيحية . فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى «[١]» ، وهو قانون ليس مصدره الرسمى المباشر الدين المسيحى نفسه كما قلنا ، وانما مصدره الكنيسة نفسها ، واجتهاد فقهائها وقضائها اجتهادا يستلهم روح الدين المسيحى وتعاليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسى معمولا به فى أغلب هذه البلاد — أى كمصدر رسمى للقانون فيها — حتى استقلت السلطة الزمنية بالأمر وقوضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما . فاندثر بذلك القانون الكنسى باعتباره مصدرا رسميا ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدرا تاريخيا يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها . ولعل من أهم قواعد القانون الحديث التى يعتبر القانون الكنسى مصدرا تاريخيا لها ، قاعدة الرضائية فى العقود ، تلك القاعدة التى نص عليها فقهاء الكنيسة ، فحرروا بها العقود من الشكليات التى كان يشترطها القانون الرومانى لتمام انعقادها ، واكتفوا فى ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحى ، أو على الأصح ما تكون من

---

(١) راجع فى القانون الكنسى وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :
De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 79.

قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدرا رسميا للقانون المصرى — كغيره من الأديان السائدة فى مصر — فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

١١٧ — الدين الاسلامى

أما الدين الاسلامى ، فقد نزل به الوحى دينا وقانونا فى آن واحد ، أو كما جرى على الألسن ، نزل دينا ودولة ؛ فلم يقنع بوضع قواعد الأخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الأصلى للدين الى وضع قواعد للقانون تحكم المعاملات بمعناها الواسع . فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود .

وقد نزل الوحى بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله فى الكتاب أو القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله . ثم أتيح للشريعة الاسلامية أن تنمو ويتسع نطاقها بفضل الاجماع من ناحية ، وبفضل القياس من ناحية أخرى . فنشأ من ذلك كله نظام قانونى ضخم متماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم فى البلاد الاسلامية يسد حاجاتها ومطالبها التى استحدثها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالجمود اقفال باب الاجتهاد . فهل ثم ضربة وجهت الى الشريعة الاسلامية أكبر من اقفال باب الاجتهاد وتحريم الرأى على المجتهدين من الفقهاء ؟ . كأنما تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه ، حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش فى عصره على تراث الماضى وتركه الآباء ! »[١] .

وأيا ما كان الأمر ، فقد ظلت الشريعة الاسلامية — باعتبارها المصدر

---

(١) يبدو أن الثورة على اقفال باب الاجتهاد قد بلغت اخيرا المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية ، فنجد بعضهم أصبح يدعو الى « فتح باب الاجتهاد فى الفقه للقادر عليه . فما تخلف الفقه الاسلامى عن القافلة الا بسبب سد هذا الباب منذ قرون . ونحن نعلم أن الاعتزاز بتراث الماضين من =

الرسمي الأول للقانون — سائدة فى البلاد الاسلامية بوجه عام حتى منتصف القرن الماضى • ثم ابتدأ الوعى يتيقظ فى هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال • وأصبح من الحتم وجوب مسايرة روح العصر بما استحدث من حاجات وضروب لنشاط لم تكن معهودة من قبل •

ولم تكن هذه المسايرة لتتأتى الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة احياء واسعة للشريعة الاسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة • واما الاتجاه الى الغرب لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه •

وقد سلكت أكثر الدول الاسلامية — ومن بينها مصر — الطريق الثانى تعجيلا بالاصلاح المنشود ، ونكولا عن حمل أعباء الطريق الأول أمام ما تتطلبه حركة احياء الشريعة الاسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة • فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الاسلامية ، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق الزامها فى العمل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على بعض مسائل الأحوال الشخصية الوثيقة الصلة بالشخص كالزواج والطلاق والنسب •

= الاسلاف أمر طبيعي وغريزى فى الانسان ، وانه من العبث والحمق أن نحاول التنكر لهذا التراث والاستغناء عنه ، وانه من المستحيل أن نقيم علما من العلوم دون أن نفيد من جهود الماضين وثمار تفكيرهم فى دائرة هذا العلم . ولكننا نعلم مع هذا ، أن الجمود من سمات الموت ، فان الحركة هى الخاصة الأولى للحياة ، وأن القرآن العظيم نعى فى كثير من آياته على التقليد والمقلدين ، وقد نهى الأئمة انفسهم رضوان الله عليهم عن تقليدهم بلا حق ... فضلا عن أن الزمن يتغير والمعاملات تجد وتتطور ... فليس لنا أن نمسك عن بيان حكم الفقه فى كل منها متعللين بأن الفقهاء الماضين لم يتكلموا فيها ؛ بل علينا أن نجتهد فى ذلك مستفدين من جهود الماضين ، ومعتمدين قبل كل شىء على كتاب الله المحكم وسنة رسوله الصحيحة » (محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته — نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٠١ و ٣٠٢ ، ص ٢٠٤ — ٢٠٦) •

أما بقية الدول الاسلامية ــ وهى قليلة نادرة كالدولة العربية السعودية والدولة اليمنيــة ــ ، فان ظروفها الخاصــة لم تشعرها بعد بجمود فقه الشريعة الاسلامية وتخلفه ــ أمام اقفال باب الاجتهاد ــ عن روح العصر ومطالبه . لذلك لم تجد هذه الدول حاجة لا الى الاقتباس عن قوانين الغرب الحديثة المتطورة ، ولا الى القيام بحركة احياء شاملة لأحكام الشريعة الاسلامية . ومن هنا ، مازالت هذه الشريعة ــ كما ثبتت عليه أحكامهــا منذ اقفال باب الاجتهاد ــ هى المصدر الرسمى الأول للقانون فيها .

المطلب الثـالث

الفقــــه

١١٨ ــ تمهيد

يقصد بالفقه (La doctrine) مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية . وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتا كبيرا . فقد عرفته فى القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدرا رسميــا للقواعد القانونية فيها . وانتهى به الأمر فى القانون الحديث الى أن يصبح مجرد مصدر تفسيرى ، لا قوة الزامية لأحكامه وقواعده . فنعرض فى ايجاز لدور الفقه فى القانون القديم ، ثم لدوره فى القانون الحديث .

١١٩ ــ الفقه مصدر رسمى فى القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمى من مصادر الالزام بالقواعد القانونية . اذ أعطى بعض الفقهاء فى القانون الرومانى حق الفتوى الملزمة للقضاء، ولكن فى القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها. ثم انتهى الأمر فى أوائل القرن الخامس الميلادى الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضــاء احترامها والأخذ بها

فيما يطرح أمامه من منازعات «١» . وقد اعتمد « جستيان » على آراء هؤلاء الفقهاء فى وضع مجموعاته القانونية .

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه فى الشريعة الاسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح القضاء تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد «٢» وتقيد الرأى بالمذاهب الأربعة المشهورة : المذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى . بل انتهى الأمر — حين تفرقت البلاد الاسلامية — الى أن يتشيع كل بلد منها لمذهب بعينه من هذه المذاهب الأربعة ، فيلزم القضاء فيه بالحكم وفقه . فتشيعت مصر مثلا للمذهب الحنفى فى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، وقيدت القضاء الى اليوم — فى المسائل التى ماتزال محكومة أساسا بهذه الشريعة — بالأخذ بأرجح الأقوال من هذا المذهب كقاعدة عامة .

١٢٠ — الفقه مصدر تفسيرى فى القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد فى العصر الحديث قوته الملزمة ، فانعدم دوره كمصدر رسمى للقواعد القانونية ، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما

---

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية وامبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا فى سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضى بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين ، جايوس وپول والپيان وپاپنيان ومودستان ، ومن نقلوا عنهم من الفقهاء القدامى ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، واذا تساوت اعتمد الجانب الذى ينحاز اليه « پاپنيان » . (انظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الثالثة ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١ . — عبد الرزاق السنهورى ، واحمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١١٢) .

(٢) أنظر فى دور الفقه فى الشريعة الاسلامية :

عبد الرزاق السنهورى واحمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ .

هلا شأنه ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها . وبذلك أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فغدا الفقه اذن فى القانون الحديث مجرد مصدر تفسيرى للقواعد القانونية . وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر ، اذ يوجه القضاء كما قلنا بتفسيره لأحكام القانون ، كما يوجه المشرع بتنبيهه الى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله ، وان كان يستعين فى تبين هذا الفساد وذاك النقص بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات .

واذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى القوانين والشرائع الحديثة ، فان هذا هو حاله كذلك اليوم فى القانون المصرى . فباستثناء بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى ما يزال القضاء مقيدا فيها الى اليوم بالحكم وفق الرأى الراجح من مذهب الامام أبى حنيفة «١» ، ليس للفقة من دور فى القانون المصرى الا الدور الذى رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به وهو الدور التفسيرى الذى يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه «٢» .

(١) لم يتغير الوضع فى هذا الشأن بالغاء المحاكم الشرعية ، ان تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية على أن « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة » ، اى طبقا لأرجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة . (انظر المذكرة الايضاحية للقانون المذكور ، النشرة التشريعية ، سبتمبر ١٩٥٥ ، ص ٢٣٥٦) .

(٢) وقد حرص مشروع التقنين المدنى الجديد على تأكيد دور الفقه =

ويقطع بذلك أن المادة الأولى من التقنين المدنى الجديد ، وهى تعدد المصادر الرسمية للقانون المصرى ، لم تذكر الفقه من بينها .

المطلب الرابع

القضاء (١)

١٢١ ـ تمهيد

اذا كان اصطلاح القضاء (La jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة فى دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الأحكام التى تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادىء القانونية التى تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوت حظ القضاء ـ كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ـ تفاوتا كبيرا بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض لاختلاف النظر اليه فى هذا الشأن .

بهذا المعنى الذى ينفى عنه كل قوة ملزمة بنصه فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى منه على أن يستلهم القاضى « الأحكام التى اقرها الفقه مصريا كان أو اجنبيا » ، على أساس اعتبار الفقه عنصرا من العناصر التى يستأنس بها فى استخلاص قواعد القانون وتقصى مفهومها دون أن يكون لها قوة فى الالزام (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ١٨٩ . ولكن تقرر حذف هذا النص فى مجلسى البرلمان ، اذ الأمر لايعدو مجرد الاسترشاد ، وفى القواعد العامة ما يغنى عن حكمه (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ١٩٠ و ١٩٢) .

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 146-149. — Maury, Observations sur la Jurisprudence en tant que source de droit privée français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, t. I, pp. 28-50. — Waline, Le pouvoir normatif de la Jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, pp. 613-632.

١٢٢ — القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدرا من مصادر الالزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل بريتور (Préteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التى يعتزم السير عليها والزام الناس بها ، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذى تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائما حتى عهد الامبراطورية «١» .

١٢٣ — القضاء فى القانون الانجليزى «٣»

وكذلك فما زال القانون الانجليزى الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمى للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانونى الانجليزى يقوم فى جزء كبير منه على أساس السابقة القضائية (précédent) «٢» ، أى على أساس تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، وتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هى نفسها من أحكام ؛ مما يجعل للحكم القضائى قوة الزام فى العمل فيما يطبق أو ينشىء من قاعدة قانونية ، فلا تجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها فى نزاع مماثل .

١٢٤ — القضاء فى اغلب القوانين الحديثة

أما فى غير القانون الانجليزى وما ينهج نهجه من قوانين الدول

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 119, p. 201.
عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١٠٢

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Mohanna, Le rôle du Juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1930.

(٣) انظر فى ذلك :
Allen, Law in the making, pp. 225-298. — Goodhart, De précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit, positf, 1934, pp. 37 et s.
عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٨ — ١١١ و ١١٣ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ .

الأنجلو سكسونية ، أى فى أغلب القوانين الحديثة ــ ومن بينها القانون المصرى والقانون الفرنسى ــ فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقــواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيرى لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما ، هو أن القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذى يعطيه للقانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أقضية ، بينما يظل تفسير الفقه نظريا مبسوطا فى بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق العملى الا أن يأخذ به القضاء طوعا واختيارا ، اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية .

١٢٥ ــ الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ولعل هذا الفرق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره للقانون قوة فى نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا فى المنازعات المطروحة أمامه ، هو الذى يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء ــ وخاصة فى القانون الفرنسى ــ من اعتبار القضــاء مصــدرا من المصادر الرسميــة للقواعد القانونية «[١]» .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 119, 120. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 108 Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

وانظر كذلك فى هذا المعنى فى القانون المصرى :

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ .

وانظر كذلك ما يراه بعض الفقهاء من اعتبار القضاء مصــدرا شبيهــا بالرسمي للقانون المصرى (عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق فقرة ١٤٠، وخاصة ص ١٨٨) .

ويبرر البعض اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على اساس رضاء المشروع الضمنى بسكوته على ما يبتدع القضاء من مبادىء واحكام (Waline, article précité, pp. 627 et s.) ، أو على اساس تقبل ذوى الشأن من الجمهور له ممثلين فى القضاة والفقهاء ورجال القانون (Maury, article précité, pp. 43, et s.).

انظر فى انتقاد هذه التبريرات :

Ripert, op. cit., No. 159, pp. 382, 383.

فالقضاء فى نظرهم ، ان كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية حين يقتصر على التفسير بمعنـاه الضيق ، أى حين يطبق قاعدة قانونيـة واضحة لا تحتاج الى تأويل ، أو حين يعمـد الى قاعدة قانونية غامضـة فيزيل ما بهـا من غمـوض ؛ الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصـدرا للالزام بالقواعد القانونيـة حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أى حين يضطر — أمام عدم وجود قواعد قانونية وضعية — الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعـات لكيلا ينكل عن القضاء فيرتكب جريمـة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها قوة الالزام فى العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون .

ويعين على القـول — عند هؤلاء الفقهاء — باعتبار القضاء مصـدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة عليا هى محكمة النقض رقيبة على أحكام المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التى يخلقها القضاء ويبتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحـة أمامه ، بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينـة بتباين ما حكمت فيه من أقضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وارشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحـاكم على احترامه ؛ بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضـاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه فى المستقبل من أقضية متماثلة «١» . فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القـواعد الخاصـة الموضوعة لنزاع بعينه الى مرتبة القواعد العامة المجردة التى تتسع فى الحال وفى الاستقبال لطائفة غير متناهية من الأفراد والروابط المتماثلة فى صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

١٢٦ — القضاء مصدر تفسيرى حيث لايوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبـار القضـاء مصدرا رسميا

(١) انظر فى هذا المعنى بصفة خاصة :
De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 294 - 296.

للقواعد القانونيــة فى نظام قانونى لا يعترف بوجود ســوابق قضائيــة ملزمة «(١)» • ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر فى مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتمام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات أخرى غير سلطة القضاء •

فضلا عن أنه لكى يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون — حتى فى الحدود التى يقول بها بعض الفقهاء ، أى عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية الوضعية يمكن تطبيقها — ينبغى أن تتوافر للحلول التى يخلقها القضاء ويبتدعها صفــة القواعد القانونيــة ، بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التى تستقر عليها أحكام القضــاء صفــة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالزام من ناحية أخرى • فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان فى قضاء لا يستوى على أساس من السوابق الملزمة ؟ •

الواقع أن صفة العموم والتجريد مفقودة فى الحلول التى ينشئها مثل هذا القضاء ، لأنها محدودة بالخصومات التى صدرت فيها فلا تتعداها الى غيرها من الخصومات المستقبلة المتماثلــة ، فهى اذن حلول خاصــة لا ترتفع الى مرتبة القواعد العامة المجردة •

ولا يطعن فى ذلك القول بأن المقصــود هو الاتجاه العــام الذى يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغى أن يكون اتجاها تلتزم المحاكم جميعا ودون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضــوعه ، وهو ما لا يتحقق دائمــا لأنه لايوجــد قانونا

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Bonnecasé, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113-118. — Gény, op. cit., t. II, Nos. 146-148. — Ripert, Les forces créatrices du droit, Nos. 4, 159-161.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١١٥ ، وفقرة ١٢٠ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٥ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٢ — فقرة ١٤٤ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٧١ — فقرة ٧٣ .

ما يلزم محكمة من المحاكم باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه •

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا فى مخالفة هذا الاتجاه العام — ولو لم تخالفه فعلا — يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، اذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام الى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها — كما هو الشأن فى كل قاعدة قانونية — ، وانما يتوجه فحسب الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية فى اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا الاتجاه ، فتتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوى تحتها من روابط •

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة — حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية — وهى صفة الالزام • ففى نظام قانونى ، كالنظام المصرى أو الفرنسى ، لا يقوم على أساس السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى ، يكون من العبث اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية •

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كفيل بحمل بقية المحاكم على احترام ما تبتدعه أو تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالزام الأدبى وقوة الالزام القانونى لأحكام محكمة النقض • فقضاء محكمة النقض سواء فى مصر أو فرنسا لا يتمتع بقوة الزام قانونى ، لا بالنسبة اليها هى نفسها ولا بالنسبة لما دونها من محاكم : فلاتثريب على محكمة النقض ان رجعت عن قضاء سبق أن استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض •

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما

استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبعثه مجرد الزام أدبى أو فعلى لا قانونى «١» ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى مالها من سلطة نقض أحكام هذه المحاكم اذا لم تطبق القانون التطبيق الصحيح .

فالثابت اذن أن قضاء محكمة النقض لا يتمتع بقوة الزام قانونى تسبغ على الحلول التى يبتدعها ــ فى مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية ــ صفة هذه القواعد . ولا يكفى ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبى أو فعلى لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تعريض أحكامها للنقض .

وحتى فى الحالة الوحيدة التى يكون لقضاء محكمة النقض قوة الزام قانونى ، وهى الحالة التى نصت عليها المادة ٢/٤٤٤ من تقنين المرافعات المصرى ، أى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض ــ لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص ــ حكما من الأحكام لخطأ فى تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى فى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فيها من جديد ، بحيث تلتزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها ؛ حتى فى هذه الحالة الوحيدة التى تلزم محكمة من المحاكم باتباع قضاء محكمة النقض ، فان هذا القضاء الملزم ــ فيما يبتدع من حلول جديدة ــ لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لأنه قضاء خاص بنزاع معين لا يعدوه الى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة أو المستقبلة ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

١٢٧ ــ القضاء مصدر تفسيرى فى القانون المصرى

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية قول غير صحيح فى دول كمصر وفرنسا لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة فى الدول الأنجلو سكسونية .

فالقضاء اذن — وعلى الأخص فى القانون المصرى — مجرد مصدر تفسيرى . وهذا واضح كل الوضوح من أن المادة الأولى من التقنين المدنى الجديد وهى تعدد المصادر الرسمية للقانون المصرى لم تذكر القضاء من بينها . وهو ما يتأكد كذلك من حذف الفقرة الثالثة من المادة الأولى من مشروع التقنين المدنى التى كانت تنص على أن القاضى يستلهم « الأحكام التى أقرها القضاء ... مصريا كان أو أجنبيا » . فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل الاستئناس لا الالزام ، الا أنه رؤى أن من الأوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الأحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسميا للقانون المصرى . وليس فى حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضير ، ففى القواعد العامة ما يغنى عن حكمه «[1]» .

واذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيرى على هذا النحو ، فلا ينفى ذلك أن دوره يبقى فعالا وكبيرا فى الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذى تعرض فيه صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الأداة التى تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد فى الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول، ص ١٩٢ .

المبحث الثانى

المصادر الرسمية للقـــانون المصرى

١٢٨ ـ تمهيـد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام ـ حتى الآن ـ المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونيـة فى مختلف الجماعات . ويعنينا فيمـا يلى أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصرى بوجه خاص .

ولقد انتهينا ـ فيما سبق ـ الى استبعاد الفقه والقضـاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية فى القانون المصرى . فلا يبقى اذن ـ مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية ـ الا التشريع والعـرف والـدين .

وهذه المصـادر الثلاثة هى التى يعرفهـا القانون المصرى الحـديث مصادر رسميـة لقواعـده ، وان كان قد تفـاوت حظه من الاعتماد عليها تفاوتا كبيرا . فقد كانت الشريعـة الاسلاميـة هى السـائدة فى مصر منذ الفتح الاسلامى باعتبارها الشريعةالعامة فكانت أهم مصادرالالزام بالقواعد القانونيـة عموما ، الا بالنسبـة لمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات الخصوم ومللهم المختلفة . وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلاميـة .

ثم كان أن أنشئت فى أول الربع الأخير من القرن المـاضى المحـاكم المختلطـة ثم المحاكم الأهليـة ، ووضعت لها تقنينات متعددة على غرار التقنينات الفرنسية التى صـدرت فى مستهل القرن المـاضى . فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصـادر الرسمية للقـانون المصرى . وانكمش نطاق الشريعة الاسلامية انكماشا كبيرا ، حتى كادت تسـاوى الشرائع والملل الدينية الأخرى من حيث انحصارها فى مجرد الالزام بقواعد

الأحوال الشخصية • بل ان هذا النطـاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين ــ على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد الخصـوم ــ مجـرد مصدر رسمى للبعض من مسائل الأحوال الشخصيـة التى ظلت بمنأى عن تدخل التشريع • وبقى للعرف دوره كمصدر رسمى للقـانـون المصرى الى جنب التشريع والدين •

وعند اعداد التقنين المـدنى الجديد ــ الذى وضع موضع التنفيـذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهـاء المحاكم المختلطـة وتوحيد القانون والقضـاء بالنسبـة للمصريين والأجانب على السواء ــ رؤى أن يفرد للشريعة الاسلامية بين مصادر القانون المصرى الرسمية ــ فضلا عن مركزهـا كمصدر رسمى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين ــ مركز خاص فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليهـا ــ عند قصور قواعد التشريع والعـرف ــ بالنسبـة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين • فنصت الفقرة الثانيـة من المـادة الأولى من التقنين المدنى الجديد على أنه اذا « لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ؛ حكم القاضى بمقتضى العرف ؛ فاذا لم يـوجد ، فبمقتضى مبـادىء الشريعـة الاسـلاميـة • • • » •

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبـادىء الشريعة الاسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم ــ عند عدم وجود مبادىء للشريعة الاسلامية ــ بمقتضى « مبادىء القـانون الطبيعى وقواعـد العدالـة » • وعندنا أن الاحالة على مبادىء القـانون الطبيعى وقـواعد العدالـة لا تخلق من هذه المبـادىء وتلك القواعد مصـدرا رسميـا بالمعنى الاصطـلاحى الدقيق ؛ فهذه الاحالـة لا تعدو أن تكون رجوعـا بالقاضى الى جوهر القانون ، أى الى المصادر

المـادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له فى موضعه الطبيعى عند الكلام فى تفسير القاعدة القانونيـة •

وعلى هذا النحو نستطيع أن تقول ان المصـادر الرسميـة للقانـون المصرى هى : أولا ، فى مسائل الأحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين • وثانيا ، فى غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلاميـة •

غير أن هذه المصادر الرسمية ليست جميعـا فى مرتبـة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع ممن ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية من ناحية أخرى • وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ثم الشريعة الاسلاميـة •

وعلى هذا النحو نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين:

المطلب الأول ــ فى المصادر الأصلية •

المطلب الثانى ــ فى المصادر الاحتياطية •

المطلب الاول

المصادر الاصلية

١٢٩ — ازدواج المصدر الاصلى للقانون المصرى

قلنا ان المصادر الرسمية الأصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التى تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها — عند التطبيق — قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر .

والمصادر الرسمية الأصلية فى القانون المصرى مصدران : مصدر أصلى عام هو التشريع ، ومصدر أصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدر أصليا عاما ، الدلالة على ماله من اختصاص عام فى الالزام ابتداء بالقواعد القانونية ؛ فاختصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التى يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هى المرجع الأول فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحتا بالاحالة فى شأنها ابتداء الى مصدر رسمى آخر . أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة فى مصر — باختلاف عقائد المصريين ومللهم — هى المرجع الأول فى حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

وقد دعا الى هذا الازدواج فى المصدر الأصلى فى القانون المصرى، ما ثبت فى مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامى من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم — فى مسائل الأحوال الشخصية — لأحكام دينه وملته ، وتطرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الدينى أو الملى .

فكان من العسير ـ ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخةفىالنفوس ـ توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الأحوال الشخصية عن طريق التشريع .

وسنرى من بعد أن هذا الازدواج كان معيبا ، اذ يقضى على مايجب أن يقوم بين المصريين جميعا من وحدة في القانون ووحدة فى الهيئة القضائية . ولكننا سنرى أن المشرع المصرى قد ابتدأ أخيرا السير فى طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى الجميع دون تفريق بين الأديان ، وبتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة الى الجميع فى شأن بعض مسائل الأحوالالشحصية المحدودة ، مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانونوتفرق جهات القضاء بينالمصريين بتعدد دياناتهم وتفرقمللهم .

وظاهرة ازدواج المصدر الأصلى للقانون المصرى ، هى التى تحدد لنا نهج البحث فى شأنه . ولذلك نتكلم أولا فى التشريع بوصفه المصدر الأصلى العام . ثم فى الدين بوصفه المصدر الأصلى الخاص .

أولا ـ التشريع

المصدر الأصلى العام

١٣٠ ـ تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا الى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية الى الوجود ، فكان حظ التشريع الى جنبه ضئيلا فى الجماعات القديمة غير أن الوضع قد انقلب فى العصر الحديث فأصبح التشريع ـ فى أغلب الجماعات اليوم ـ فى المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية . ومرد ذلك الى تعدد ضروب النشاط فى الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتعقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه ـ نظرا

الى وفرة القواعد القانونيـة الواجب فرضها ــ الى سرعة سنها من ناحية ، والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية آخرى ، وهو ما لايتوافر الا للتشريع ، الذى تقوم على شئونه هيئـة أو هيئات معينة متخصصة فى سن القواعد القانونية وصياغتهـا ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته • فضلا عن آن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية فى العصر الحديث ــ وهى التى تقوم على أساس من تدخل الدولة تدخلا مباشرا فى كل مظاهر النشاط فى الحياة الاجتماعية ــ قد مكن للتشريع فى الأهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتهـا الى التدخل المنشود •

وقد احتل التشريع فى القانون المصرى المرتبة الأولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفـة ــ المختلطة منها والأهلية ــ فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى • فمنذ ذلك الوقت صار التشريع هو المصدر الأصلى العام للقانون المصرى أى صارت كل المسائل عامة ــ الا ما استثنى ــ خاضعة أصلا وابتداء لقواعـد التشريع •

ويراعى أن الدولة فى مصر كانت يدها مغلولة أو مقيـدة فى شئون التشريع بالنسبة الى الأجانب لنظرا الى ما كانوا يتمتعون به من امتيازات فى هذا الشأن • ثم تمكنت مصر من استعادة سيادتهـا الكاملـة فى شئون التشريع بالنسبة الى الأجـانب ، بمقتضى الاتفاقيـة التى عقدتها مع الدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ ، وهى المعروفة باسم « اتفاقية منترو » • فقد نصت المادة الأولى من هذه الاتفاقية على أنه « تعلن الدول المتعاقدة كل فيما يخصها قبول الغاء الامتيازات فى القطر المصرى الغـاء تاما من جميع الوجوه » • ونصت المـادة الثانية منها على أنه « مع مراعاة مبادىء القانون الدولى ، يخضع الأجانب للتشريع المصرى فى المـواد الجنائيـة والمدنيـة والتجاريـة والادارية والمـاليـة وغيرها » •

ويقتضينا البحث فى التشريع باعتباره مصدرا رسميا للقانون المصرى ، أن نعرض أولا لتعريفه وبيان خصائصه • ثم نتطرق من ذلك الى تحديد

السلطات التى تملك فى مصر سن التشريع ، وفى سبيل ذلك نقف على ظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه . غير أن سن التشريع — على اختلاف درجاته — لا يعنى نفاذه ، ولذلك نتعرض لبيان اجراءات هذا النفاذ . فاذا أصبح التشريع نافذا وجب الوقوف على ما قد يكون للقضاء من رقابة على صحته ، وهى رقابة تمليها ظاهرة تدرجه وخضوع الأدنى منه للأعلى . ثم نختم الكلام فى التشريع بعرض صورة معينة منه هى « التقنين » لنقف على نشوئه وتطور حركته فى مصر .

§ ١ — خصائص التشريع

١٣١ — تمهيد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة فى الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها فى صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالزام فى العمل . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التى تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر فى وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة فى الدولة .

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا فى صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة . فنتكلم فى كل هذه الخصائص على التوالى :

١٣٢ — التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة . ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها ؛ لأن مثل هذا الأمر — وان صدر عن سلطة عامة مختصة

باصداره ـ لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الأفراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد الدخول فيهـا بشروط معينة • فالتشريع اذن ـ وهو تعبير عن القاعدة القانونيـة والـزام عملى بها ـ ينبغى أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التى سبق بيانها •

ومن هنا ، تفهم التفرقة التى يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلى وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى «١» • فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحيـة الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية، بينما لايصدق وصف التشريع من الناحيةالموضوعية علىالأحكامالتى تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية • وواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلى والموضوعى معا • وعلى ذلك ، فاذا كان الدستور الجديد ينص على أنه « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود » (م ٩٩) ، فان القانون أو التشريع الصادر بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفه العموم والتجريد فيه وهى من خصـائص القاعدة القانونية الرئيسيـة ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى لصدوره عن السلطة التشريعية العادية «٢» • وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صـورة قانون أو تشريع ، فان هذا الـوصف صحيح من النـاحيـة الشكليـة وحدهـا دون الناحية الموضوعية «٣» •

---

(١) انظر :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit. pp.: 307 ; 308.

(٢) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

(٣) قارن مع ذلك :

Del Vecchio, op. cit., p. 308.

١٣٣ ـ التشريع يصدر فى صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود فى صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التى يتضمنها ـ عن طريق الألفاظ التى تفرغ فيها افراغا كتابيا ـ التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسايرة التطور فى الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها(١) .

وأيا ما كان الأمر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة (٢) ، يفرق ـ من هذا الناحية ـ بينه وبين العرف الذى لا يفرغ فى لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل فى الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع ـ دون العرف ـ فى صيغة مكتوبة ، يجعل للأول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح مما يحقق الاستقرار والأمن فى المعاملات ، وان كان يجعل للثانى حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

١٣٤ ـ التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التى تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هى قاعدة تتولى وضعها والالزام بها

---

(١) وهنا تبدو اهمية الصياغة المرنة ودورها الكبير فى تلافى مثل هذا الجمود (أنظر ما تقدم ص ٢٣٠ و ٢٣١) .

(٢) الفرض أن تكون الوثيقة المكتوبة المتضمنة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ؛ لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف فى كتاب ، اذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التى نشأت وتكونت فى الجماعة فى صورة عملية غير مكتوبة .

سلطة عامة مختصة فى الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها . وبذلك يبدو ــ فى التشريع ــ دور الارادة واضحا جليا فى تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل .

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار فى العصر الحديث ــ بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه فى القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها ــ أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة فى الانتاج القانونى ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره للتطبيق العملى فى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن فى المعاملات. فلم يعد فى الامكان ــ كما كانت تفعل الجماعات القديمة ــ الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويتقدم ، وحتى تثبت لدى الأفراد العقيدة فى الزامه .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الانتاج ، فان هذه السرعة ــ ان لم تصاحبها العناية الواجبة ــ قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يغلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات . وهو مايضطر المشرع الى الاسراع فى تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا . . . حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى بين هذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى اليوم هو الذى ركز ــ بما يستتبع من تدخل الدولة فى كل شئون الحياة والنشاط فى الجماعة تدخلا متزايدا ــ حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدى الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح والعدل العام .

§ ٢ — سـن التشريع

١٣٥ — تمهيـد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع فى الدولة أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والدساتير • فهى حينا فى يد ملك أو حاكم مطلق • وهى غالبا — فى الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منهـا على الأخص — فى يد مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهمـا رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق او الاعتراض • وقد تعطى السلطـة التنفيذيـة — الى جـوار المجـالس النيابيـة — حق التشريع فى مسـائل معينـة •

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولـة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه ، اذ يقابل هذا التدرج فى التشريع تدرج فى السلطـات التى تملك سنه • فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض : أعلاها هو التشريع الأساسى أو الدستور ، وأوسطها هو التشريع العادى أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وأدناها هو التشريع الفرعى •

فنأخذ الآن فى بيان كل درجـة من هذه الدرجـات الثـلاث ، حتى نقف على السلطة المختصـة بسن كل منهـا •

١٣٦ — التشريع الأسـاسى

يقصد بالتشريع الأساسي التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة أى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد السلطـات العامـة فيهـا ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفـراد •

والتشريع الأساسى اما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، واما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ،

واما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، واما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء • وواضح أن الصورتين الأخيرتين التى يسن عن طريقهما التشريع الأساسى تستجيبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطـات •

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا المبدأ وذلك الاعتبار بوسيلة مباشرة ، فاننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث ينفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحققه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو مالا يترك فرصة حقيقيه للاختيار ، اذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقـة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنيب البلاد عواقب رفضه من تركهـا محكومـة لفترة أخرى — حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه — حكما استثنائيا دون دستور • ولا بأس على أى حال — بل قد يكون أفضل — سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبـة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشـة أحكامه مناقشة كاملة تفصيليـة ، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى •

وعلى أى حال ، فان الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ قد صدر حينذاك بأمر ملكى ، ولذلك فالراجح فى الفقة الدستورى المصرى أنه كان منحـة من الملك الى الشعب المصرى ، خاصـة وقد كانت ديباجته توحى بذلك • أما الدستور الجديد ، فقد أعدت مشروعه الحكومـة وطرحته للاستفتاء فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٥٦ فنال الموافقة الشعبيـة •

وينبغى أن يراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو الغائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطـة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو الغاء القوانين العادية، واما أن يكون دستـورا جامدا لا يتأتى تعديله أو الغاؤه عن هذا الطريق بل

يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة . وواضح أن الدساتير الجامدة — على خلاف الدساتير المرنة — تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغيير والتبديل فى أحكامه . والدستور المصرى الجديد — كدستور سنة ١٩٢٣ — من الدساتير الجامدة ، اذ يتطلب اجراءات طويلة وشروط عسيرة لامكان تعديله «[١]» .

١٣٧ — التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى — وهو ما يسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى — التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور . ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمل اسم «القانون» (La Loi) . وغنى عن البيان أن اصطلاح «القانون» هنا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية لا يختلف عن اصطلاح « القانون » بمعناه العلم (Le Droit) كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك من قبل «[٢]» .

والأصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وان كانت الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية

---

(١) تنص المادة ١٨٩ من الدستور الجديد على ان «لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الأمة طلب تعديل مادة أو اكثر من مواد الدستور ، ويجب ان يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية الى هذا التعديل . فاذا كان الطلب صادرا من مجلس الأمة ، وجب أن يكون موقعا من ثلث اعضاء المجلس على الأقل . وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه ؛ فاذا رفض الطلب لا يجوز اعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة على هذا الرفض . واذا وافق مجلس الأمة على هذا التعديل ، يناقش بعد ستة أشهر من تاريخ هذه الموافقة المواد المراد تعديلها ؛ فاذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه . فاذا ووفق على التعديل ، اعتبر نافذا من تاريخ اعلان الاستفتاء » .

(٢) انظر ما تقدم ، فقرة ١ .

فى هذه الوظيفة أو مراقبته لها اما عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض «١» على ما تسنه السلطة التشريعية منهـا . وقد كان الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ ينهج هذا النهج، وكذلك الحال مع اختلاف يسير فى الدستور الجديد .

فالسلطة التشريعيـة قد غدت فى الدستور الجديد مكونة من مجلس واحد هو مجلس الأمة (م ٦٥) بعـد أن كانت مكونـة من مجلسين فى الدستور القديم . وحق اقتراح القـوانين ، ثابت لرئيس الجمهوريـة (م ١٣٢) ، ولأى عضو من أعضاء مجلس الأمة (م ٨٣)«٢» . ويحال مشروع القانون المقدم من رئيس الجمهوريـة الى احدى لجـان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٨٢) . أما مشروع القانون الذى يقترحـه عضو أو أكثر من أعضـاء مجلس الأمة ، فيحال الى لجنـة لفحصه وابداء الرأى فى صلاحيته لجواز نظر المجلس فيه ؛ فاذا رأى المجلس نظره ، أحاله الى احدى لجانه لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٨٣) .

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على مجلس الأمـة لمناقشتـه والتصويت عليه ، ويجب أخذ الرأى فيه مادة مادة (م ٨٤/٢) . ولا تتم الموافقـة عليه — فى غير الحالات التى تشترط فيهـا أغلبيـة خاصة — الا

---

(١) انظر مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من عـدم اعتبار حق الاقتراح والاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية :
السيد صبرى مبادىء القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣١ و ٣٤٢ — ٣٤٤ .

(٢) كان الاصطلاح جاريا فى ظل الدستور القديم على التفرقة فى الاسم بين ما يقترحه رئيس الدولة وما يقترحه اعضاء البرلمان من قوانين بتسمية الأولى « مشروعات قوانين » (projets de loi) والثانية «اقتراحات قوانين» (propositions de loi) . ولكن يبدو أن الدستور الجديد يغفل هذه التسمية فيطلق اصطلاح « مشروعات القوانين » على كل ما يقدم الى مجلس الأمة من اقتراحات القوانين سواء كان مقترحهـا رئيس الجمهوريـة او أحد اعضـاء المجلس (انظر م ٨٣ و ٨٥ من الدستور) .

بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء، وعند تساوى الآراء يعتبر المشروع مرفوضا (م ٨١) • ويمتنع فى حالة رفض مشروع قانون مقدم من أحد أعضاء مجلس الأمة ، تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته (م ٨٥) •

والأصل أن موافقة مجلس الأمة تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع ، ولكن الدستور الجديد يعطى رئيس الجمهورية الحق فى الاعتراض على مايسنه مجلس الأمة من قوانين • وهو مجرد اعتراض توقيفى «[1]» ، يعتبر محاولة من جانب رئيس الجمهورية لحمل مجلس الأمة على العدول عن القانون محل الاعتراض ، باجباره — رغم سبقه الموافقة عليه — على اعادة النظر فيه من جديد بحيث يمتنع عليه الموافقة عليه ثانية الا بأغلبية خاصة معينة دون اكتفاء بالأغلبية العادية المطلقة • فبعد أن تنص المادة ١٣٢ من الدستور الجديد على أن لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على القوانين ، تقضى المادة ١٣٣ بأنه « اذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون ، رده الى مجلس الأمة فى مدى ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه • فاذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانونا وأصدر » ، وتقضى المادة ١٣٤ بأنه « اذا رد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم الى المجلس وأقره ثانية بموافقة ثلثى أعضائه اعتبر قانونا وأصدر » •

فكأن عملية الاعتراض تنتهى اذن الى مجرد ايقاف القانون الذى أقره مجلس الأمة توقفا على اقراره اياه من جديد بأغلبية كبيره هى أغلبية الثلثين • وهى بذلك تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للضغط على

---

(١) اذا كان دستور ١٩٢٣ يوحى بأن للملك حق التصديق على القوانين التى يوافق عليها البرلمان ، فان هذه التسمية لم تكن دقيقة اذ لم يكن هذا الحق فى الواقع الا مجرد حق اعتراض توقيفى (Veto Suspensif) (انظر فى هذ المعنى : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥ — ٢٤٤ — عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧١ و ٥٧٢) •

السلطة التشريعية بما يحقق التوازن المرغوب بين السلطتين «١» ، ولكن تبقى للسلطـة التشريعية على أى حال الكلمة الأخيرة اذا حشدت للموافقة على القانون من جديد مثل هذه الأغلبية الكبيرة ، فيعتبر حينئذ ـ رغم الاعتراض ـ قانونا واجب الاصدار .

واذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى ، فاستثناء من ذلك تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سنه فى حالتين ، حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

(١) تشريع الضرورة : تنص المادة ١٣٥ من الدستور الجديد على حق السلطة التنفيذية ـ أمام غيبة مجلس الأمة ـ فى اصـدار مثل هذا التشريع الذى تستوجبه الضرورة ، بقولها « اذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو فى فترة حله ، ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لاتحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهوريـة أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وفى أول اجتماع له فى حالة الحل . فاذا لم تعرض ، زال بأثر رجعى ما كان لها من قـوة القانون بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك . أما اذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتمـاد نفاذهـا فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » .

فقيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الأداة التشريعية نظرا لحل مجلس الأمة ، أو تخلفها نظرا لعطلته فيما بين دورين من أدوار انعقاده، هو الذى يبرر الخروج على الأصل من استئثـار السلطة التشريعية ـ أى

---

(١) انظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ . ـ عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .

مجلس الأمة — بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محلها فى هذا الاختصاص عن طريق اصدار قرارات تكون لها قوة القانون . ولكن نظرا لما فى ذلك من اختصاص استثنائى بحت يمنح للسلطة التنفيذية مواجهة لظروف الضرورة هذه ، يكون من الطبيعى اخضاع تشريعات الضرورة التى تسنها السلطة التنفيذية بصفتها سلطة بديلة طارئة ، لاجازة السلطة التشريعية وهى السلطة الأصيلة صاحبة الشأن ؛ وبذلك تبقى السلطة التشريعية صاحبة الكلمة العليا والنهائية فيما أصدرته السلطة التنفيذية فى غيبتها من مثل هذه التشريعات .

وقد أحسن الدستور الجديد باستلزام السرعة فى تحديد مصير تشريعات الضرورة ، بأن أوجب عرضها على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان اصدارها فيما بين أدوار انعقاده ، أو فى أول اجتماع له اذا كان اصدارها فى حالة حله ؛ وبأن رتب جزاء خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو أو على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون زوالا رجعيا «[1]» . غير أنه احتياطا لما قد يترتب على مثل هذا الزوال الرجعى من اضطراب وعدم استقرار ، جوز لمجلس الأمة — فى حالة رفضه تشريعات الضرورة — أن يقتصر مثل هذا الزوال على المستقبل دون أن يسحبه على الماضى فيعتمد اذن ما تم من نفاذها قبل رفضها ، أو يسوى — على الأقل — ما ترتب على آثارها بوجه آخر .

---

(١) وبذلك تعتبر تشريعات الضرورة معلقة على شرط فاسخ ، اذا تحقق بعدم عرضها على مجلس الأمة او برفضه اياها ، اعتبرت كأن لم توجد قط من قبل . ومع ذلك فقد كان من المتفق عليه فى ظل الدستور القديم أن زوال هذه التشريعات لايكون له اثر رجعى (السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣) .

وكذلك أحسن الدستور الجديد بقطعه كل شك أو خلاف حول حق السلطة التنفيذية فى سن تشريعات الضرورة فى فترة حل مجلس الأمـــة ؛ فقد كان نص الدستور القديم لا يعين على تخويلهـــا مثل هذا الحق «[1]» ، رغم أن البلاد تكون خاليـــة فى هذه الفترة بالذات من الأداة التشريعيـــة العادية وقد يطرأ من الظروف مايجعل التشريع ضرورة لازمة وعاجلة «[2]» .

وينبغى أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التى تسنها السلطة التنفيذية فى الحدود المتقدمة لا يجب أن تكون مخالفة لأحكام الدستور ، رغم أن الدستور الجديد ــ على خلاف الدستور القديم ــ قد أغفل تأكيد ذلك ؛ اذ ما دامت السلطـــة التشريعيـــة ــ وهى السلطة الأصلية ــ لا تملك مخالفـــة الدستور ــ كما سنرى ــ فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطـــة التنفيذية ــ وهى سلطـــة بديلة طارئة ــ مثل هـــذه المخالفـــة فيمـــا تسنه مواجهـــة لأحوال الضرورة من قرارات لها قـــوة القوانين «[3]» .

(٢) تشريع التفويض : قد تحل السلطـــة التنفيذية محل السلطـــة التشريعيـــة وبناء على تفويض منها فى اصـــدار قرارات لها قوة القانون فى المسائل المحددة فى التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك التنازل عن اختصاصها ، الا أن الرغبة فى توفير السرية لبعض تشريعات معينة كالتشريعات الخاصـــة

---

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٠–٤٨٤ . عبد الحميد متولى ، ص ٤٥٢ .

(٢) فى هذا المعنى :
عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٠ . ــ عبد الحميد متولى ، المرجع الســـابق ، هامش (٢) ص ٤٥٢ . ــ السـيد صبرى ، المرجع الســـابق ، ص ٤٨٥ .

(٣) قرب من ذلك :
عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ .

بفرض بعض الرسوم والضرائب أو تعديلها ــ بما تقتضى من كتمان مضمونها قبل اعلانها منعا لاتاحة فرصة التهرب منها ــ قد تبرر ــ لمدة معينة ــ تفويض السلطة التنفيذية فى سنها واصدارها بتشريعات تكون لها قوة القانون ، على أن تعرض على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها »[1] .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان فى مصر ، بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ فى اصدار مراسيم لها قوة القانون فى شأن تعديل التعريفة الجمركية وفى شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الأرض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية »[2] ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه .

وقد قطع الدستور الجديد كل شك حول امكان التفويض ، بنصه فى المادة ١٣٦ على أن « لرئيس الجمهورية فى الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها » .

واذا كان الدستور الجديد يضع من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محدودة ، الا أنه أغفل ما يشترطه بحق هذا الفقه كذلك من ضرورة اخضاع تشريع التفويض من بعد لموافقة مجلس الأمة، رغم ما ينبغى من ابقاء الزمام النهائى للتشريع بيد السلطة الأصيلة وهى السلطة التشريعية تراقب السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه .

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .
(٢) عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٧ و ٤٥٨ .

١٣٨ ـ التشريع الفرعى

يقصد بالتشريع الفرعى التشريع الذى تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصـــاص المخول لها فى الدستور ، باعتبار صفتهـــا هذه ، لا باعتبارها حالة محل السلطـــة التشريعيـــة حلولا مؤقتا . بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرع اختصاص أصلى يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هى الحال فى تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منهـــا كما هى الحال فى تشريع التفويض .

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « **اللائحة** » (Le Règlement) تمييزا له عن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعيـــة والمعروف باسم « **القـــانـــون** » (La Loi) .

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، واما أن يقصد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن يقصد بها حفظ الأمن والصحـــة العامـــة فتعرف باسم « لوائح البوليس » أو « لوائح الضبط » .

(١) اللوائح التنفيذية : هى ما تسنه السلطة التنفذية من قواعـــد تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية . واختصاص السلطة التنفذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى ، لأنهـــا ـــ وهى السلطـــة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين ـــ تكون أقدر من السلطـــة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقـــا لضرورات العمل ، فضلا عما فى ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفصيلات الجزئيـــة ومن التخفيف بالتالى من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة [١] .

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٤٤٧ و ٤٤٨ . — عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

وقد نص الدستور الجديد على حق السلطـة التنفيذية فى اصدار هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهوريـة ... اللوائح اللازمـة لتنفيذ القوانين ، وله أن يفوض غيره فى اصدارهـا . وتصدر قرارات الرئيس فى هذا الشأن بناء على عرض الوزير المختص . ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمـة لتنفيذه » (م ١٣٨) . فالأصل اذن هو صدور اللائحة التنفيذية من رئيس الجمهوريـة ، الا أن يفوض الرئيس أو يعين القانون غيره فى اصدارها .

وينبغى أن يكون مفهوما أن اللوائح التنفيذية تكون محدودة بحدود الغرض من سنها أى بحدود تنفيذ القوانين ، فلا تملك الغاء أو تعديل أو تعطيل أحكامها . وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ صريحا فى هذا الشـأن بنصه على أن « الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القانون بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها» (م ٣٧). واذا كان الدستور الجديد قد أغفل مثل هذا التـأكيد الواجب لحدود اللوائح التنفيذية ، فان هذه الحدود تظل مع ذلك واجبة الاحترام لأنها مستخلصة من الغرض المقصود من هذه اللوائح .

(٢) اللوائح التنظيميـة : هى ماتسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهيمنة على ادارة هذه المصالح والمرافق . وقـد نصت على ذلك المـادة ١٣٧ من الدستور الجديد بقولها « يصدر رئيس الجمهوريـة القرارات اللازمة لترتيب المصـالح العامـة ، ويشرف على ادارتهـا » .

ويبدو أن الدستور الجديد يقصر سن هذه اللـوائح على رئيس الجمهورية وحده ، حيث لم يشر الى امكان تفويضه غيره فى ذلك كمـا فعل فى شـأن لوائح الضبط واللوائح التنفيذيـة (م ١٣٨/١) . ولذلك فانشاء الوزارات والمصـالح وتحديد أو تعديل اختصـاصاتها والغاؤها ، يجب أن يصدر به قرار من رئيس الجمهورية .

(٣) لوائح الضبط او لوائح البوليس : يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ البوليس بمعناه العام ، أى لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينية وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ومراقبة الأغذية والباعة المتجولين .

ولم يكن دستور سنة ١٩٢٣ يتضمن أى نص يخول للسلطة التنفيذية حق اصدار مثل هذه اللوائح ، ولكنها جرت دائما على اصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستورى لها من العرف المتبع ، خاصة وأن قيام السلطة التنفيذية باصدار لوائح الضبط هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل البوليس من دقة وتشعب وسرعة تنظيم «[1]» .

ومع ذلك ، فان خطر مثل هذه اللوائح على حريات الأفراد وعدم استنادها الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها مع ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » أى بقانون أو بلائحة تستند الى قانون ، كان يحمل على التردد فى الاعتراف للسلطة التنفيذية بحقها فى اصدار هذه اللوائح فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ .

لذلك أحسن الدستور الجديد بنصه صراحة على حق السلطة التنفيذية فى سن مثل هذه اللوائح ، بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ... وله أن يفوض غيره فى اصدارها » (م ١٣٨/١) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستورى . والأصل أن يقوم رئيس الجمهورية بسنها واصدارها بناء على عرض الوزير المختص ، ولكن يجوز له أن يفوض غيره فى ذلك .

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .

§ ٢ ـ نفاذ التشريع

١٣٩ ـ تمهيد

اذا تم سن التشريع ـ أيا كانت درجته ـ من السلطات المختصة بسنه، فانه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانونى للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد ، اذ ينبغى لذلك تسجيل هذا الوجود القانونى والأمر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار (promulgation) ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر (Publication) .

١٤٠ ـ اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ «١» بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سندا لتنفيذه .

وبديهى أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع ـ كما هى الحال فى التشريع الأساسى حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق، وفى تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفى التشريع الفرعى خاصة ـ يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لأن السلطة التى تسن التشريع هنا هى نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه

---

(١) ولذلك يعتبر الاصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعيا ، اذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ (فى هذا المعنى : عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ . وقارن : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ ـ ٣٦٤ . وانظر فى الاشارة الى رأى القائلين باعتبار الاصدار عملا تشريعيا: السيد صبرى، المرجع السابق ، ص ٣٥٩ و ٣٦٠) .

موضع التنفيذ ، فيحتاج الأمر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الأولى ، كما هى الحال فى التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الأساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . ذلك أن وضع التشريع الذى تم سنه فى مثل هذه الحالات موضع التنفيذ ، يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ؛ ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة فى شخص رئيسها ، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها ، فلا تملك عليهم سلطة أخرى أيا كانت ـ كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية ـ حق الأمر والتكليف .

فالاصدار اذن فى حالة التشريع الأساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب، يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه أو تصويت أغلبية الشعب له فى الاستفتاء ، والأمر بتنفيذه باعتباره التشريع الأساسى للدولة . والاصدار فى حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة مجلس الأمة عليه ، والأمر بتنفيذه كقانون من قوانين الدولة ؛ وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيد تنازل رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق.

ولقد كان ينبغى النص فى الدستور الجديد على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التى يسنها مجلس الأمة ، حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها [1] .

١٤١ ـ نشر التشريع

اذا كان اصدار التشريع لازما لتسجيل سنه والأمر بتنفيذه الى رجال

---

(١) انظر فى تأييد تحديد موعد للاصدار من حيث المبدأ : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥ .

السلطة التنفيذية ، فابلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو اتاحة فرصة العلم به لهم ، لازم كذلك اذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من اعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها • ذلك أنه لا تكليف الا بمعلوم ، والتشريع لا يكون معلوما للمكلفين به الا باشهاره بينهم واذاعته فيهم • والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لاشهار التشريع واذاعته هى نشر نصوصه فى الجريدة الرسمية للدولة ، وهى المعروفة باسم « الوقائع المصرية » •

والنشر فى الجريدة الرسمية واجب لنفاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه أيا كانت درجة التشريع أساسيا أو عاديا أو فرعيا •

ولا تغنى عن النشر أية وسيلة أخرى من وسائل الاشهار أو الاذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد يكون أجدى مفعولا — من النشر فى الجريدة الرسمية — فى سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه • فالاكتفاء اذن — فى نشر التشريع — باذاعته فى الراديو ، أو تعليق صور منه فى أماكن بارزة على الحوائط فى الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر نشرا قانونيا بالمعنى الصحيح • ومن هنا لايعتبر مثل هذا النشر كافيا لنفاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه •

ولا يغنى عن حصول نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به «١» •

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الادارى فى ٣ يناير ١٩٥٠ (مجموعة احكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ص ١٤٧) ، حيث يقرر الحكم أن « التفرقة التى جاء بها المدعى بين علم افتراضى بالقوانين وهو علم الجمهور بها بمجرد نشرها وعلم يقينى وهو علم الوزراء بالقوانين بمجرد اصدارها ، هذه التفرقة لا يعرفها الدستور بل ينكرها نص المادة ٢٦ من الدستور (القديم) ، اذ جعل نفاذ القوانين رهنا بنشرها وذلك بالنسبة الى الناس كافة دون تفرقة بين حكام ومحكومين » •

والغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور نشره فى الجريدة الرسمية ، بل يبدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، افساحا لشيوع العلم بأحكامه . وقد كان دستور سنة ١٩٢٣ يعتبر التشريع نافذا بمضى ثلاثين يوما على نشره فى الجريدة الرسميـــة ، وان كان قد آجاز قصر هذا الميعاد أو مده بنص صريح .

وقد تفادى الدستور الجديد فى هذا الشأن ما كان يطلقه الدستور القديم للسلطـــة التنفيذية من سلطـــة النشر ، فحدد النشر بالنسبة للقوانين بموعد معين من تاريخ الاصدار ، اذ قضى بوجوب نشر القوانين فى الجريدة الرسميـــة خلال أسبوعين من يوم اصدارها (م ١٨٧) . ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم فى نشر القوانين عن طريق تأخير اصدارها ما دام الدستور لا يقيدها بموعد معين فى القيـــام بهذا الاصدار . وعلى أى حال ، فيجب العمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ، ولكن يجوز مد هذا الميعـــاد أو تقصيره بنص خـــاص فى القـــانـــون (م ١٨٧ من الدستور الجديد) .

فحيث تدعو الضرورة الى الاسراع فى تنفيذ التشريع يمكن النص على نفاذه حتى فور نشره . وحيث تدعو الحاجة الى التراخى بتنفيذ التشريع الى ما بعد الميعاد القانونى ، ينص على تحديد اليوم الذى يبدأ منه نفاذه ؛ وهو ما حدث بالنسبـــة للتقنين المدنى الجديد ، فقد نشر فى الوقائع المصرية فى ٢٩ يوليه سنة ١٩٤٨ ، ونص فيه على العمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، تربصا بموعد الغاء المحاكم المختلطة حتى يتاح له النفاذ فى حق المصريين والأجانب جميعـــا .

وبفوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ ، يفترض علم الأفراد بالتشريع ، فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحـــد الاعتذار بجهله . وافتراض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه ، انما هو

تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة ، وهو ما سنبسط القول فيه من بعد عند الكلام فى مدى تطبيق أو سريان القاعدة القانونية .

§ ٤ — نتائج تدرج التشريع او رقابة صحته

١٤٢ — مبدأ رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل ومن حيث الموضوع

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوته فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الأساسى أو الدستور هو أقواها، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى . وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يسلم منطقا الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى . غير أن هذه النتيجة — على تحتيم المنطق لها — لا تجد دائما ماينبغى لها من صدى فى نطاق العمل ؛ فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والدساتير .

فتدرج التشريع اذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذى يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى . وعلى هذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لايكون متعارضا مع التشريع الأساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لا يكون مخالفا للتشريع العادى أو للتشريع الأساسى . ومن هنا فاذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة ، وجب تغليب التشريع الأعلى واغفال التشريع الأدنى .

كل ذلك يدعو خاصة الى اقامة رقابة قضائية «١» على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى ، اما من حيث الشكل واما من حيث الموضوع . فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم

(١) نترك جانبا ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن .
انظر فى هذه الرقابة :
سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١١٣ — ١٢٤ .

بالمبدأ فيهما وعلى مدى تحققهمـا فى العمل •

(١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

١٤٣ ـ لا خلاف على تقرير مثل هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى مثل هذه الرقابة للتـأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصـة ، وتمام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه • فان لم يتوافر للتشريع الأدنى ـ سواء كان تشريعاً عاديا أو تشريعا فرعيا ـ الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى ، فالاجماع منعقد على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى •

ورقابة المحاكم لصحة التشريع الشكلية تنبسط على التشريع الفرعى والتشريع العادى على السواء ، فللمحاكم بل عليهـا أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية العادية عند التصويت عليه فى مجلس الأمة ، أو لم يحرز الأغلبيـة الخاصة المتطلبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسميـة ، أو صدرت عن جهة غير مختصة •

(٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

١٤٤ ـ الخلاف حـول هذه الرقابـة تبعا لدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها • فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع فرعيا أو عاديا • فنعرض أولا لرقابة قانونيـة اللوائح ودستوريتهـا ، ثم نعرض لمشكلـة رقـابـة دستوريـة القوانين •

١٤٥ — التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادى والتشريع الأساسى على السواء . فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين ، كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لقواعد الدستور ، بحيث يكون لها بل يجب عليها الامتناع عن تطبيق كل لائحة تصدر مخالفة فى موضوعها لأحكام القوانين وقواعد الدستور «[١]» .

ولئن كانت المحاكم العادية تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن تملك الغاءها، فالوضع مختلف بالنسبة الى محكمة القضاء الادارى ، التى تنفرد دون بقية المحاكم بسلطة الغاء مثل هذه اللوائح ، فوق سلطتها — كبقية المحاكم — فى الامتناع عن تطبيقها . « فقضاء هذه المحكمة — كما تنص على ذلك فى أحد أحكامها — قد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة (أى اللوائح) بأحد طريقين : اما بالطريق المباشر أى بطلب الغائها فى الميعاد ، أو بالطريق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى الحالات الفردية ، أى بطلب عدم الاقتداء بها لمخالفتها القانون وذلك عند الطعن فى القرارات الفردية بالالغاء «[٢]» .

---

(١) وقد كان نص المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، يعين فى مصر على القول باعطاء المحاكم حق رقابة قانونية للوائح ، اذ كان ينص بصدد اللوائح التنفيذية على ان « الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها » .

(٢) محكمة القضاء الادارى ، ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المحاماة ، س ٣٣ ، عدد ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩ .

١٤٦ – مشكلة رقابة دستورية القوانين «١»

غنى عن البيان أن مشكلة رقابة دستورية القوانين لا تثور الا حيث يكون الدستور جامدا ، أمـا حيث يكون الدستور مرنا ، فتكون مخالفـة القوانين أى التشريعات العادية له مشروعة ، لأنهـا تعتبر بذلك تعديلا لأحكامه وقواعده «٢» .

غير أن مشكلـة رقابة دستوريـة القوانين فى الدول ذات الدساتير الجامدة لا تجد حلا واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة ، أى فى رقابة صحة التشريع العـادى الموضوعية للتأكد من مطابقته لقواعد التشريع الأساسى ، أى للتثبت من موافقته لأحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضـاء ، ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

فثم اتجاه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين «٣» بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه . اذ يعتبر الامتناع عن التطبيق بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه خروجا من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعديا على اختصاص السلطةالتشريعية بالتعقيب على تصرفاتها ، والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطـة

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, Traité de Science politique, t. III, Nos. 156-181 — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. III, 3e éd., § 98, pp. 715-732 — Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 1943, pp. 294-324.

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ – ٢٣٥ . – عبد الحميـد متولى ، المرجع السابق ، ص ٣١٦–٣٣٩ . – سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٢٤–١٨٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ . عبد الحميد متـولى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ . – سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

(٣) انظر من بين القائلين بمنع المحاكم من رقابة دستورية القوانين :

Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd., par Nézard, t. I, 1927, pp. 644-648.

القضائية هيمنة ورقابة على أعمال السلطـة التشريعية ، وهو ما يتنافى مع انفصـال السلطتين واستقلالهما .

ومثل هذا الاتجاه السلبي أمام ما قد يوجد من قـوانين مخالفـة للدستور ، هو السائد فى القضاء الفرنسى «١» ، رغم أن جانبا كبيرا من الفقه الفرنسى «٢» ينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين . ولعل مرجع مثل هذا الموقف من جانب القضاء الفرنسى هو الخوف من أن تحمل رقابته لدستورية القوانين معنى التدخل فى أعمـال السلطة التشريعية ؛ وقانون العقوبات الفرنسى ينص صراحة على عقاب القضاة الذين يتدخلون فى عمل السلطـة التشريعيـة بتعطيل أو ايقاف تنفيذ القوانين . وكذلك الخوف من أن تحمل رقابته لدستورية القوانين معنى الرقابة والتعقيب على الارادة العامة للأمة التىكان ينظر الىالقوانين باعتبارها تعبيراعنها«٣» .

وثم اتجاه ثان يرمى الى تخويل المحـاكم حق النظر فى دستورية القوانين ، بالتثبت من مطابقة التشريع العادى (القانون) لقواعد وأحكام التشريع الأساسى (الدستور) ، استنادا الى أن رقابة دستورية القوانين انما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القـانـون بمعنـاه العـام أى كمجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة «٤» . فالقضـاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون (بمعناه الخاص) على حد سواء . غير أنه — حين يستحيل تطبيقهما معا لتعـارض أحكامهمـا — فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، اعمالا لقاعدة

---

(١) انظر فى الاشارة الى احكام هذا القضاء :
Duguit, op. cit., t. III, § 98, pp. 720-721 — Laferrière, op. cit., pp 316-318.

(٢) انظر فى الاشارة الى هذا الفقـه :
Laferrière, op. cit., pp. 321, 322.

(٣) Laferrière, op. cit., pp. 318-320.

(٤) Duguit, op. cit. § 98, p. 718

تـدرج التشريع وما يحتمـه منطقهـا من سيـادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى «١» .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتهـا ، فليس يفهم — مع هذا الاجماع — منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذا النوعان من الرقابة القضـائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقـاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق — بل يكون من التناقض — التسليم باحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحـاكم حق رقابة دستوريته .

فضلا عن أن تخويل المحـاكم مثل هذا الحق يؤكد — على عكس ما يقوله معارضوه — مبدأ فصل السلطات ، لأنه يمنع السلطـة التشريعية من أن تفرض على السلطـة القضـائية قانونا تسنه على خلاف الدستـور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها فى تطبيق القواعد القانونيـة التى على رأسها قواعد الدستور .

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضى كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية فى أعمال السلطة التشريعية بالغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالى ، اذ الغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطـة التشريعية وحدها «٢» . ومن هنا ينبغى أن يقتصر حق المحاكم — عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين — على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بالغائه ، مما يقتضى أن يكون الامتناع

---

(١) Duguit ibid.

(٢) فى هذا المعنى :
سعد عصفور ، المرجع السـابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ .

عن التطبيق قاصرا على القضية المعروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من القضايا ولا يؤثر فى الوجود القانونى لمثل هذا القانون «[١]» .

١٤٧ — رقابة دستورية القوانين فى القانون الحديث

الاتجاه الغالب فى القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق تمكينها من التثبت فى مناسبة كل قضية تطرح أمامها — لامكان تطبيق القانون المطلوب تطبيقه فيها وخاصة اذا دفع أمامها بعدم دستوريته — من عدم تعارضه مع أحكام الدستور وقواعده «[٢]» ؛ فلا تملك حينئذ — فى حال مخالفته لأحكام الدستور — الا الامتناع عن تطبيقه فى القضية المرفوعة اليها ، دون أن تتعرض له بابطال أو الغاء . وهى بذلك تحترم فى آن واحد سيادة الدستور بتغليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت فى الغاء القوانين ، اكتفاء بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستورى امتناعا لا يمس الا القضية المطلوب تطبيقه فيها وحدها .

ففى مثل هذه الطريقة ، لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستورى لمخالفته أحكام الدستور . وانما يتربص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها . وأمام هذا الدفع ، تملك المحكمة التصدى للبحث فى مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور. فان تحققت من هذه المطابقة،أكدت دستورية القانون ومضت فى أداء واجبها من تطبيقه . وان تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت على ذلك نتيجته من الامتناع عن تطبيقه فى ذات الدعوى المطالب فيها بتطبيقه .

---

(١) فى هذا المعنى :
Dugut, op. cit., t. III, § 98, p. 719.

(٢) Laferrière, op. cit., p. 314.

فالدفع بعدم دستورية قانون ما — باعتباره وسيلة دفاع سلبى بحت — لا تعدو نتيجته اذن الغاية من ابدائه ، وهى مجرد استفادة الخصم صاحب الدفع وتمكنه من منع الاستجابة الى ما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه . ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالغائه فى حال مخالفته للدستور ، وانما تقتصر على مجرد تقبل الدفع ، فتمتنع عن اجابة المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه .

ومن أهم الدول التى راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع ، الولايات المتحدة الأمريكية . فقد استقر الأمر هناك على أن للمحاكم جميعا — من المحكمة الاتحادية العليا الى محاكم الدرجة الدنيا — الامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، اذا دفع أمامها — بصدد دعوى معينة — بعدم دستوريته ، وتثبتت المحكمة من صحة هذا الدفع . ولعل ما تتمتع به أحكام المحكمة الاتحادية العليا من قوة ملزمة بالنسبة الى المحاكم الأخرى ، هو الذى حمل بعض الفقهاء «١» على الظن بأن المحكمة الاتحادية العليا تملك الغاء القوانين غير الدستورية . والصحيح غير ذلك كما سبق البيان ، فهى لاتملك الا الامتناع عن تطبيق مثل هذه القوانين ، وان يكن امتناعها عن تطبيق تشريع غير دستورى — نظرا لقوة الزام أحكامها — يشل هذا التشريع ويجعله — فى الواقع لا فى القانون — غير فعال «٢» ؛ وهو ما قد يضطر المشرع الى اعادة النظر فيه لالغائه أو تعديله بما يرفع منه كل مخالفة للدستور .

وطريقة رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع ، متبعة

---

(١) عبد الرزاق السنهورى واحمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق، فقرة ١٢٩ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٧ ، ص ٢٠٨ .

(٢) فى هذا المعنى :
Duguit, op. cit., § 98, p. 718. — Laferrière, op. cit. p. 303.
سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ و ١٤٧ .

كذلك فى كثير من الدول اليوم كالنرويج وكندا وايرلندا والبرتغال واليونان وجنوب أفريقيا «١» .

ولئن كانت أغلب الدول فى العصر الحديث تجعل للقضاء رقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع ، فثم دول أخرى قليلة جعلت للقضاء هذه الرقابة عن طريق الدعوى ، كفنزويلا (دستور ١٩٣١) ، وأسبانيا (دستور ١٩٣١) ، وكولومبيا (دستور ١٨٨٦) والنمسا (دستور ١٩٢٠) ، وتشيكوسلوفاكيا (دستور ١٩٢٠) ، وسويسرا «٢» .

وفى هذه الطريقة يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بابطال أو الغاء قانون معين صدر مخالفا للدستور . ونظرا لخطورة هذه الطريقة ، فان أغلب الدساتير التى أخذت بها كدستور تشيكوسلوفاكيا لسنة ١٩٢٠ ، ودستور ايطاليا الحالى (١٩٤٧) «٣» ، ودستور النمسا الحالى (١٩٤٥) ، فضلا عن دستورها لسنة ١٩٢٠ «٤» ، أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة — دون المحاكم العادية — بالنظر فى دستورية القوانين والغاء القوانين غير الدستورية . وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم — بدعاوى الالغاء — على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة ؛ وهو ما يجعل من هذه الدعاوى حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التى يكفلها الدستور «٥» .

والواقع أن الطريقة التى تتبعها أغلب الدول فى تحقيق رقابة دستورية القوانين ، وهى طريقة الدفع ، تفضل — بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير

---

(١) Lafferrière, op. cit., p. 314.

(٢) Burdeau, op. cit., t. III Nos. 165, 166.

(٣) Burdeau, op. cit., No. 166.

(٤) سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

(٥) Lafferrière, op. cit., p. 300

الدستورى ــ الطريقة التى تتبعها أقلية الدول وهى طريقة الدعوى • اذ فى الطريقة الأخيرة اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها ، بتمكين السلطة القضائية العادية أو المحاكم الدستورية الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالالغاء والابطال •

١٤٨ ــ رقابة دستورية القوانين فى مصر

لم يكن دستور ١٩٢٣ يتضمن أى اشارة الى مشكلة دستورية القوانين ؛ فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لأحكام الدستور ، ولا هو منعها من ذلك•

ومن هنا نجد أن القضاء العادى قد تراوحت أحكامه ــ وهى قليلة نادرة فى هذا الشأن ــ بين ادعاء هذا الحق للمحاكم «١» وبين انكاره عليها «٢» ، وان كان الاتجاه العام المستخلص من هذه الأحكام هو امتناع

---

(١) انظر : مصر الأهلية ، أول مايو ١٩٤١ ، المحاماة ، السنة ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٣٥ وما بعدها ، حيث يذكر الحكم خاصة أن « النظام الدستورى المصرى يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث عن بعضها واستقلال كل منها عن الأخرى ، فلكل واحدة منها تمام السيادة فى حدود اختصاصها ، الا أنها جميعا مقيدة بالدستور الذى أوجدها ومنه تستمد سلطاتها ، وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه . . . فاذا اعتدت السلطة التشريعية على احكامه ، فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها فى هذا الاعتداء ما دامت هذه بدورها مستقلة فى حدود اختصاصها . والقاضى مختص بايجاد الحل القانونى للمنازعات المطروحة عليه ، وهو مقيد فى حكمه بقوانين البلاد العادية ، كما انه مقيد ايضا بالقانون الأساسى للدولة وهو أسمى القوانين جميعها . فاذا ما تعارض القانون العادى مع الدستور ، فواجب القاضى فى هذه الحالة يقضى عليه بترجيح النص الدستورى على القانون العادى وتطبيق الأول واهمال الثانى . ولا يخرج بذلك عن اختصاصه ، فهو لا يلغى القانون وانما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ، ثم لايفتات على السلطة التشريعية بأن يقوم بوظيفته القانونية التى تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق فى النزاع المطروح امامه » .

(٢) انظر فى الأحكام المنكرة لهذا الحق :
السيد صبرى ، المرجع السابق، ص ٦٦٥ وما بعدها .

القضاء العادى عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد ينعقد على اثبات مثل هذا الحق له «[١]» .

ثم كان أن أنشىء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وأتيح لمحكمة القضاء الادارى أن يعرض عليها الأمر ، فاستقر قضاؤها على اثبات حقها فى التصدى لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية . ونذكر من بين أحكامهـا فى هذا الصدد حكمين شهيرين لها ، أولهما فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ «[٢]» ، والثانى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٢ «[٣]» .

وقد أثبتت محكمة القضاء الادارى فى الحكم الأخير استقرارها على ما قضت به أحكامها من حقها فى رقابة دستورية القوانين ، وقالت « انه مما يؤكد هذا القضاء ما انعقد عليه الاجماع من أن الدولة اذا كان لها دستور مكتوب «[٤]» ، وجب عليها التزامه فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات ادارية ، وتعين اعتبار الدستور ، فيما يشتمل عليه من نصوص وفيما ينطوى عليه من مبادىء هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين . والدولة فى ذلك انما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديموقراطى هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور ... » .

---

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ ــ ٦٥٨ . ــ عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ـ٥٩٨ . ــ عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدهـا . ــ سليمـان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ ــ ١٢٩ . ــ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، وفقرة ٩٣ . ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ ــ ١٦٢ .

(٢) مجلـة التشريع والقضـاء ، السنة الأولى ، ص ٢٨٤ .

(٣) مجلـة المحاماة ، سنة ٣٣ ، العدد الأول ، ص ٦٨ .

(٤) يراعى أن المحكمـة قد تجوزت فى التعبير بلفظ « دستور مكتوب » ، والصحيح هو التعبير بلفظ « دستور جامد » . فقد يكون الدستور مكتوبا ، ولا يعتبر مع ذلك أعلى من القـوانين العادية ، اذا كان تعديله لا يستلزم اجراءات خاصـة ، بل يكفى فى شأنه صدور تشريع عادى ، فلا تثور حينئذ مشكلة دستورية القوانين .

« ومن حيث أنه عند سكوت الدستور عن النص صراحة على اطلاق الرقابة القضائية أو على منعها ـ وهذا هو موقف الدستور المصرى ـ يتعين الرجوع الى الأصول الدستورية للنظر فيما يملك القضاء عمله ازاء قانون يطلب اليه تطبيقه ويكون هذا القانون متعارضا مع الدستور • ومن حيث أن أصلا من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الأقضية ، والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها سواء كان المصدر نصا دستوريا أو تشريعا يقرره البرلمان أو قرارا اداريا تنظيميا ••• ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما قد يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى فى المرتبة وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى اذا تعارض مع القانون الأعلى : فاذا تعارض قرار وزارى مع قرار من مجلس الوزراء وجب تطبيق قرار مجلس الوزراء دون القرار الوزارى • واذا تعارض مرسوم مع قانون ، وجب تطبيق القانون دون المرسوم • واذا تعارض قانون مع الدستور وجب تطبيق الدستور دون القانون » •

« ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فهذا ما لاتملكه المحكمة الا بنص صريح فى الدستور • ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ؛ وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى فى القضية المعروضة عليها ، وقضاؤها فى هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، دون أن تتقيد هى نفسها به فى قضية أخرى تنظرها بعد ذلك » •

« ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات مفهوما على وجهه الصحيح ، فالسلطات التشريعية والقضائية ، كل منهما مستقلة عن الأخرى ، وكلتاهما تخضع للدستور • فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بالغاء قانون باطل فى دعوى أصلية ترفع أمامها ، والا

بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادىء الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها، وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية. وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات ... » .

ثم طبقت محكمة القضاء الادارى هذه المبادىء على الدعوى المرفوعة أمامها ، وكانت خاصة بطلب وقف تنفيذ أمر عسكرى صادر بتحديد اقامة المدعى . فاعتبرت مخالفا للدستور المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ ، القاضى بمنع سماع أية دعوى بالطعن فى تصرفات السلطة القائمة على اجراء الأحكام العرفية ــ وهو الذى تمسكت الحكومة بتطبيقه توصلا الى منع سماع دعوى المدعى ــ لأن « اعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقا من كل مسئولية تحققت فعلا فى جانبها ، من شأنه أن يخل بحقوق الأفراد فى الحرية وفى المساواة وفى التكاليف والواجبات ، فيكون ... مخالفا فى هذه الناحية لأحكام الدستور » . وامتنعت بذلك عن تطبيقه فى هذه الدعوى فلم تحكم بما يقضى به من عدم سماع الدعوى ، بل مضت فى سماعها وناقشت الأسباب التى تقدمت بها الحكومة تبريرا لتحديد مكان اقامة المدعى ، فوجدتها فى ظاهرها غير جدية ، فحكمت بالاستجابة لطلب المدعى ووقف تنفيذ الأمر الصادر بتحديد محل اقامته .

ولرجو أن يستقر بهذا الحكم حق القضاء فى رقابة دستورية القوانين فى مصر ، فتتحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد ما يبرره . واذا كان الخلاف لم ينقطع بصدور الدستور الجديد لالتزامه ما كان يلتزمه الدستور القديم من صمت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا أنه ينبغى تأكيد حق القضاء جميعا فى مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لأحكام الدستور ، فتحترم

بذلك سيادة الدستور ، وهو التشريع الأعلى ، ويحترم كذلك مبدأ فصل السلطات على السواء .

§ ٥ ـ التقنين

١٤٩ ـ التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما فى صورة واحدة : فقد يخرج مجزءا لا يتناول الا مسألة بعينها ، كقانون المحاماة أمام المحاكم الوطنيـــة ، وقانون الشهر العقارى ، وقانون نظام القضاء . وقد يخرج مجمعا تجميعا علميا منطقيا ، يضم فى وثيقة رسمية واحدة المسائل المتعلقة بفرع من فروع القانون .

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم التقنين، وكذلك يطلق هذا الاسم على الوثيقة الجامعة نفسها التى تضم النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون كالتقنين المدنى ، وتقنين المرافعات وهكذا . وقــد ينبغى ـ منعا للخلط ـ قصر اصطلاح « التقنين » (Le code) على الوثيقة الجامعة وحدهــا ، والتعبير باصطــلاح « عملية التقنين »(La Codification) عن عمليــة التجميع نفسهــا .

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحى الدقيق انما هو **تجميع رسمى** من جانب الدولة للنصــوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع . فلا يطلق هذا الاصطلاح اذن على أى تجميع غير رسمى قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء ، اذ مثل هذا التجميع لايعدو أن يكون مجرد عمل فقهى بحت ، لايرتفع الى مرتبة التشريع الجامع ، أى الى مرتبة « التقنين » .

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الأمر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون فى وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين

النصوص ، وترفع التعارض بينها ، وتيسر المرجع اليها بما تحصر وتركز من مظان البحث .

وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطنى تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الاستعمار «[١]» .

١٥٠ — مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

سبق أن أشرنا من قبل — عند الكلام فى المذهب التاريخى — الى ما كان من مهاجمة هذا المذهب لفكرة التقنين، تخوفا من أن يؤدى جمع أحكام القانون فى تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وقعوده عن مسايرة التطور فى الجماعة . وقلنا ان هذه المهاجمة انما تقوم على أساس فكرة خاطئة هى أن القانون يتكون آليا فى ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا ما فى هذا الأساس من انكار لدور الارادة الانسانية البصيرة الواعية فى تكوين القانون .

ولنضيف الآن الى ذلك أن التخوف منجمود القانون بتقنينه تخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضفى على نصوص التقنين من المهابة والقدسية ما يرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة فى الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل «[٢]» كلما تخلفت

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321

(٢) قد يتخذ التعديل صورة تغيير بعض نصوص التقنين مع الابقاء على موضعها فيه . ولكنه قد يتخذ صورة اضافة نظم جديدة بتشريعات جزئية تظل خارج نطاق التقنين ، أما لأن التقنين لا يتسع — أمام ترقيم نصوصه المتسلسل — لتضمينها بينها ، واما لأنها من قبيل التنظيمات التفصيلية لبعض نصوص التقنين الكلية التى يحسن تجنيب التقنين الخوض فيها كقانون الشهر العقارى ، واما لأن لها صفة استثنائية موقوتة بظروف معينة تنأى بها عن مجال التقنين فى عمومه ودوامه كقانون ايجارات الأماكن الذى ظهر معالجة لأزمة المساكن .

(أنظر فى تعديل التقنين :

Ripert et Boulanger, op. cit., Nos. 323-327)

نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة ، والثابت ـ كما دلت التجارب ـ أن المشرع لا يحجم عن السير فى طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعته الضرورة الى ذلك .

فضلا عن أن الغالب فى التقنين هو الاقتصار على العام من المبادىء والكليات ، دون الخوض فى الخاص من التفصيلات والجزئيات ، فتعتبر نصوصه بذلك فى يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل ـ بماله من حرية فى التفسير ـ الى ملاءمتها وتكييفها ـ رغم بعد العهد بوضعها ـ وفقا لما يستجد من ظروف فى الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هى فى جوهرها مآخذ على التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هى فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة انبعاثا ذاتيا وتطوره بالتالى تطورا آليا ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس نصوص مدونة ، بل يترك حرا طليقا يجرى ويتطور به العرف . ولكن الثابت أن العرف لم يعد يفى بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة المتعقدة ، وأن التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل الدولة نتيجة انتشار المذهب الاجتماعى ، وما التقنين الا صورة من صور التشريع يزيد عليه فائدة بما يجمع من مبعثر النصوص ، ويوافق بينها على أساس منطقى سليم ، وييسر الاحاطة بها والرجوع اليها .

ولئن قيل ان ظهور التقنينات الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر ، قد ولد « مذهب التزام النص » الذى قام على أساس من تقديس النصوص تقديسا جر الى جمود القانون الفرنسى ، فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك أن هذا المذهب ـ ان كان قد نبت فى أعقاب صدور التقنينات ـ فلم يكن ذلك الا نتيجة تصور خاطىء لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيئتها .

فهذا التصوير الخاطىء للقانون ، وتلك النظرة الشكلية البحت الى تكوينه ، هو الذى أوجد فى الفقه مذهب تقديس نصوص التشريع ، باعتبار أن التشريع هو وسيلة الدولة الوحيدة وأداتها فى صنع القانون وفرضه . فمثل هذا المذهب اذن كان لابد أن يوجد ، مع وجود مثل هذه النظرة الى القانون . فلم يكن ظهور التقنينات اذن هو سبب نشأته ، وان يكن ظهورهـا قد أعان على تثبيت هذا التصـوير الشكلى الخاطىء للقانون فى الأذهان ، ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولـة ونصوص التشريع فى النفـوس .

فالتقنينات الفرنسيـة كانت أول عمل تشريعى ضخم تولته دولة فى العصر الحديث ، مما مد فى الحجة لأنصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور لهم أن مثل هذه التقنينات قد جمعت فأوعت وأحاطت بكل شىء . غير أن تقدم العمر بهذه التقنينات وما صاحبه من تطـور كبير فى المجتمع الفرنسى ، لم يلبث أن كشف عن خطـأ النظـرة الى هذه التقنينات باعتبارها شاملة وافية كاملة ، فضاعت بذلك أسطورة قدسيتهـا ، وانكشف فساد « مذهب التزام النص » فى تفسيرهـا . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر فى التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهـام التقنين بالجمود بالقانون .

وأيا ما كان الأمر ، فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لاقدسية التقنين ولا جمود القانون . فوجود تقنينات عدة لم يمنع المشرع المصرى أخيرا ـ حين دعت الحاجة ـ من الغائها واستبدال غيرها بها . ووجود التقنينات الفرنسية منذ قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسى ، اذ لم يزل القضاء الفرنسى يذلل من نصوصهـا ـ بما اختط لنفسه من حرية فى التفسير ـ حتى لم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف الحالية للمجتمع الفرنسى .

١٥١ — حركة التقنين فى العصر الحديث

اذا كانت حركـة التقنين منتشرة ورائجة فى العصر الحديث ، فان جذورهـا ممتدة فى المـاضى فيما عرفه الرومان من تقنين بدائى كالألواح الاثنى عشر ، ثم فيما عرفوه فى القرن السادس الميلادى من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو مجموعة جستنيان • ولعل أول مظهر جدى علمى لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون (Le Code Napoléon) سنة ١٨٠٤ ، وما تلاه فى فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقى فروع القانون • ثم ما لبثت حركة التقنين التى ابتدأتها فرنسا فى العصر الحديث أن عمت أكثر الدول «١» ، وامتدت حتى الى ألمانيا وهى مهد المذهب التاريخى عدو التقنين •

١٥٢ — حركـة التقنين فى مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين فى عهدها الحديث قبل الربع الأخير من القرن الماضى • فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ ، لم تطبق فيهـا « مجلة الأحكام العدلية » التى أصدرتها هذه الدولة سنة ١٨٦٩ ، كتقنين لأحكام المعاملات فى الشريعة الاسلامية ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعى وقضائى •

وكذلك فلئن كانت بعض أحكام الشريعة الاسلامية قد جمعت فى مصر تجميعا علميا فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هى: «كتاب الأحوال الشخصية » فى قواعد الأحوال الشخصية ، و « مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان » فى قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » فى قواعد الوقف ؛ الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنينات بالمعنى الاصطلاحى ، لأنها مجرد مجهود فردى ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام فى العمل •

---

(١) انظر فى انتشار حركة التقنين فى العصر الحديث وتعداد التقنينات المدنية خاصة فى مختلف الدول :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371-376.

ثم عرفت مصر حركة التقنين بانشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت ستة تقنينات أخذت عن التقنينات الفرنسية — مع خلاف يسير — لتطبقها هذه المحاكم ، هى التقنين المدنى ، وتقنين المرافعات ، والتقنين التجارى ، والتقنين البحرى ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات . ثم أنشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة .

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التى وضعت على عجل لمواجهـة انشاء المحاكم المختلطـة والمحاكم الأهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث . فلم يكن بد من مراجعتهـا مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطـة واستردت مصر سيادتهـا التشريعيـة والقضائية كاملة على الأجانب . فاستبدل بالتقنين المدنى وتقنين المرافعات المدنية والتجارية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . واستبدل بتقنين «تحقيق الجنايات» تقنين جديد سمى تقنين « الاجراءات الجنائية » تصحيحا للتسمية الأولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . ولم يتم بعد الفراغ من مراجعة التقنيين التجـارى والتقنين البحرى ، رغم أن الحاجـة باتت ماسـة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية فى هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات ، فقد نقح تنقيحا شاملا مرتين : الأولى سنة ١٩٠٤ ، والأخيرة سنة ١٩٣٧ .

ثانياً — الدين

المصدر الاصلى الخاص

١٥٣ — تمهيد

تكلمنا من قبل عن الدين باعتباره مصدرا رسميا للقانون بوجه عام ، ورأينا تفاوت سلطانه — فى هذا الاعتبار — بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان . ويعنينا الآن أن نعرض للدين باعتباره مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى بوجه خاص . وهذا يتطلب أولا التفرقة بين عهدين: العهد الذى سبق صدور التقنينات المصرية الأولى أى التقنينات المختلطة والأهلية فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، والعهد الذى تلا صدور هذه التقنينات ، ثم الوقوف على أثر حركة التشريع الحديثة فى تضييق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى .

١٥٤ — مركز الدين فى القانون المصرى قبل صدور التقنينات الأولى

كان النظام القانونى فى مصر قبل صدور هذه التقنينات قائما منذ الفتح الاسلامى على أساس دينى بحت ، اذ كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة باعتبارها الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة الى كل المسائل والى كل الأشخاص دون نظر الى اختلاف عقائدهم الدينية . وكان معترفا للشرائع الدينية الأخرى — بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين فى الدولة العثمانية وامتدت الى مصر — بولاية محدودة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

١٥٥ — مركز الدين فى القانون المصرى بعد صدور التقنينات الأولى

غير أن هذه المرتبة الأولى للشريعة الاسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، لم تلبث أن تخلفت بانشاء المحاكم المختلطة والمحاكم

الأهلية ، واصدار التقنينات المختلفة ــ مختلطة وأهلية ــ فى أوائل الربع الأخير من القرن المـاضى • اذ قفز التشريع بذلك الى الطليعة بين مصادر القانون المصرى ، فأصبح هو المصدر الرسمى الأول ، واعتبر صدور هذه التقنينات ناسخا لأحكام الشريعة الاسلاميـة ــ باعتبارها الشريعة ذات الولاية العامة حتى ذلك الحين ــ فيما تضمنته هذه التقنينات من مسائل • وعلى هذا النحو ضاق نطاق الدين وانكمش سلطانه ــ باعتباره مصدرا رسميا للقانون المصرى ــ انكماشا كبيرا •

ومن هنا ، فرغم أن التشريع والـدين يعتبران مصـدرين رسميين أصليين ، أى تكون لهما الولاية أصلا فيما يتعرضان له من مسائل ، الا أن نطاق هذه الولاية يتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا • فولاية التشريع عامة تمتد فى الأصل الى كل المسائل • وأما ولاية الدين ، فخاصة لا تمتد الا الى مسائل معينة محدودة ، هى التى تخرج استثناء عن ولاية التشريع العامة• ولذلك قلنا ان التشريع هو المصدر الأصلى العام والدين هو المصـدر الأصلى الخاص •

والواقع أن التقنينـات المختلطـة والأهليـة عند صدورها فى أوائل الربع الأخير من القرن المـاضى ، قد أغفلت التعرض لنوعين من المسـائل : النوع الأول ، مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ؛ والنوع الثانى ، المسائل المتعلقة بالوقف بوجه خاص ؛ وهى بطبيعتهـا من مسائل الأحوال العينية • وبذلك ظلت هذه المسائل جميعا محكومة بالنظام السائد فى مصر قبل صدور هذه التقنينات ، أى بقى المصدر الرسمى فى شأنها هو الدين على تفاوت فى الولاية بشأنها بين الديانات المختلفـة السائدة فى مصر على التفصيل التـالى •

١ ــ مسـائل الـوقف :

يقصد بمسائل الوقف ــ كما تحددها المادة ١/١٦ من قانون «نظام القضاء» ــ « المنازعات والمسائل المتعلقـة بانشاء الوقف أو بصحته أو

بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت » .

وكل هذه المسائل ظلت ـ منذ صدور التقنينات المصرية الأولى ـ داخلة فى نطاق ولاية الدين ، اذ بقى المصدر الرسمى الأصلى لها هو الشريعة الاسلامية . فلم يجر فقهاء الاسلام ، ولا جرت الامتيازات الطائفية التى ورثتها مصر عن الدولة العثمانية ، على اعطاء الولاية فى شأن مسائل الوقف الى الشرائع الدينية الأخرى . ولذلك كانت الولاية فى شأنها الى الشريعة الاسلامية باعتبارها صاحبة الولاية العامة فى كل مسائل القانون قبل صدور التقنينات الأولى . ولم تتغير تلك الحال بصدور هذه التقنينات ، اذ لم تتضمن هذه التقنينات تنظيما تشريعيا لمسائل الوقف ـ نظرا لأن الوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، ولأنه لايتصل بالعقيدة الدينية أو يحمل مظنة الارغام فيها ـ فتركتها يجرى الحال فى شأنها كما كان من قبل ، وبذلك ظلت الولاية فى شأنها للشريعة الاسلامية وحدها .

فهذه الشريعة اذن ـ قبل صدور هذه التقنينات ومنذ صدورها ـ كانت هى المصدر الرسمى فى مسائل الوقف ، وكانت هى التى تحكم هذه المسائل أصلا ، بالنسبة الى الأجانب والمصريين على السواء وبالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية .

٢ ـ مسائل الأحوال الشخصية :

لم تتعرض التقنينات المصرية الأولى ـ عند صدورها ـ لمسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، وبذلك بقيت الولاية فى شأنها الى الدين كما كانت الحال قبل صدور هذه التقنينات .

وقد ينبغى ـ للوقوف على مركز الدين باعتباره مصدرا رسميا فى مسائل الأحوال الشخصية ـ الاحاطة أولا بمضمون هذه المسائل ونطاقها ، لمعالجة مدى ولاية الدين فى شأنها من بعد .

(ا) نطاق الأحوال الشخصية : كان تحديد مضمون اصطلاح الأحوال الشخصية محل خلاف فى الفقه والقضاء • ومرجع هذا الخلاف الى عاملين: فمن ناحية ، لم تكن لائحة المحاكم الأهلية ولا لائحة المحاكم المختلطة تتضمن ـ وهى بصدد منع هذه المحاكم من النظر فى مسائل الأحوال الشخصية ـ تحديدا شاملا لتلك المسائل ، وانما كانت تقتصر على مجرد التمثيل لها دون التعريف بها تعريفا جامعا أو تعديدها على سبيل الحصر• ومن ناحية أخرى كان التقليد جاريا على النظر الى اصطلاح «الأحوال الشخصية » نظرة واسعة تبسطه على كل ما قد يمت الى الدين بصلة حتى ولو كانت بعيدة ، مما أدرج تحت هذا الاصطلاح مسائل لا تدخل بطبيعتها فى مدلوله كالهبة والميراث والوصية •

وقد أتيح لمحكمة النقض أن تقول كلمتها فى تحديد هذا الاصطلاح فقضت بأن « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ، ككون الانسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية • أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ••• غير أن المشرع المصرى وجد أن ••• الهبة والوصية ـ وكلها من عقود التبرعات ـ تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فالجأه هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية »[1] •

وأيا ما كان الأمر ، فيمكن الاستهداء فى تعرف مسائل الأحوال الشخصية بالمادة ١٣ من قانون « نظام القضاء » ، التى ذكرت ـ بصدد

---

(١) نقض مدنى ، ٢١ يونيه ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٥٤ •

تحديد ولاية المحاكم بشأن مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ـ بيانا وافيا لهذه المسائل . فهذه المادة تقرر أنه « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ؛ أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبنى ؛ والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة ، وباعتبار المفقود ميتا ؛ وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

وينبغى أن يراعى ـ بصدد تحديد نطاق « الأحوال الشخصية » ـ أن الهبة لم تعد تعتبر اليوم من مسائل الأحوال الشخصية كما كان التقليد جاريا على ذلك من قبل ، وانما تعتبر من مسائل الأحوال العينية كما تقضى بذلك طبيعتها . فقد عنى التقنين المدنى الجديد بتفصيل أحكامها وشروطها الموضوعية والشكلية باعتبارها عقدا من العقود ، اذ عرض لها فى كتابه الثانى الخاص بالعقود المسماة فى الباب الأول منه المخصص للعقود التى تقع على الملكية .

وعلى هذا النحو يمكن أن نرد مسائل الأحوال الشخصية الى مجموعات ثلاث :

(١) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال .

(٢) المسائل المتعلقة بالأسرة .

(٣) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا .

فما حظ الدين كمصدر رسمى فى حكم هذه المسائل ؟ . وما هو المقصود بالدين فى هذا الصدد ؟ . ذلك ما نعرض له فيما يلى .

(٢) مدى ولاية الدين فى مسـائل الأحـوال الشخصيـة : قلنـا ان التقنينات المصرية التى صدرت فى أوائل الربع الأخير من القرن المـاضى تركت مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم؛ وبذلك ظلت الأحوال الشخصية خاضعة ـ بعد صدور هذه التقنينات ـ للنظـام الذى كانت خاضعة له قبل صدورها .

والواقع أن النظام السائد فى مصر قبل صدور التقنينات فيها ، كان قائما على اعتبار الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة ، أى الشريعة ذات الاختصاص العام بالنسبة الى كل المسائل ، أى سواء كانت داخلة فى نطاق الأحوال العينية أو الأحوال الشخصيـة ، وبالنسبـة الى كل الأشخاص مسلمين وغير مسلمين على السواء . غير أنه أبيح استثناء ـ تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين واتباعا لما جرى عليه التقليد فى الدولة العثمانية من اثبات امتيازات طائفية لهم ـ الاعتراف بولاية الشرائع الدينية الأخرى فى بعض مسائل الأحوال الشخصيـة بالنسبـة الى الخصـوم التابعين بملتهم الى هذه الشرائع .

وعلى هذا النحو ، يمكن أن نقول ـ وصـدور التقنينات المصرية الأولى لم يغير فى شىء من هذا النظام فيما يتعلق بالأحوال الشخصيـة ـ ان الولاية فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية تثبت أصلا للشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامـة فى ولاية هذه المسـائل ، وتثبت استثناء للشرائع الدينيـة الأخرى بقيود وشروط معينة .

فالديانات المختلفة السائدة فى مصر ـ ان كانت تعتبر اذن مصادر رسمية فى مسائل الأحوال الشخصية ـ الا أنها لا تقف على قـدم المساواة فى مدى ولايتهـا فى هذا الشـأن .

فولاية الشريعة الاسلامية عامة ، تحكم فى الأصل عموم مسائل الأحوال الشخصيـة ، وتتوجه بأحكامهـا الى المسلمين وغير المسلمين من المصريين على السواء .

اما الشرائع الدينيـة الأخرى فلا تتمتع الا بولاية مقيدة واختصـاص محدود على سبيل الاستثناء . فولايتها قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء ، وهو ما نوضحه فيما يلى :

١ ــ ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية من حيث الأشخاص : قلنا ان ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ولاية استثنائية فى مسائل الأحوال الشخصية . وتبدو الصفة الاستثنائية لهذه الولاية من حيث الأشخاص الخاضعين لها . فولاية هذه الشرائع معقودة باتحاد الخصوم فى الدين أو الملة . فاذا افترق الخصوم غير المسلمين فى الدين أو الملة ، ظلت الولاية فى شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشريعة الاسلاميـة باعتبارها الشريعة العامـة فى هذه المسـائل .

٢ ــ ولاية الشرائع الدينيـة غير الاسـلاميـة من حيث الموضـوع : وكذلك تبدو الصفة الاستثنائية لولاية الشرائع الدينيـة غير الاسلاميـة من ناحية الموضوع ، اذ تجب التفرقة ــ تبعا لاختلاف الموضوع ــ بين ما لهذه الشرائع الدينية غير الاسلاميـة من ولاية ملزمـة ، وبين مالهـا من مجرد ولاية تحكيمية .

ا ــ الولاية الملزمة : يقتصر الاختصاص الملزم للشرائع الدينية غير الاسلامية على مسائل الأحوال الشخصية التى قد يحمل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام فى العقيدة؛ وهى تكاد تنحصر فى الزواج ومايتفرع عنه من حضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق . وقد عبرت محكمة النقض عن هذا القيد ــ فى حكم شهير لها ــ بقولها ان « المقصود بالأحوال الشخصية التى من اختصاص (المجالس المليـة) لا يمكن أن يكون الا المواد المذهبية أو الروحية التى لا تتصادم مع القواعد الأساسية فى التشريع

والتقاليد المتبعة فى ذلك ازاء الطوائف الملية جميعا والتى لم يرد الشارع الخروج عنها بأى حال » «[١]» .

ولذلك ففى شأن هذه الموضوعات والمسائل ، تكون ولاية كل من الشرائع الدينية غير الاسلامية ولاية ملزمة للخصوم ماداموا ينتمون بملتهم اليها ؛ فلا يحل لهم التراضى — فى شأنها — على الاحتكام الى شريعة دينية غيرها ، ولو كانت هى الشريعة الاسلامية ذات الولاية العامة .

ب — الولاية التحكيمية : يكون للشرائع الدينية غير الاسلامية مجرد ولاية تحكيمية فى مسائل المواريث والوصايا ، حيث لا تتصل هذه المسائل بالعقيدة الدينية اتصالا وثيقا ينهض لجعل ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية فى شأنها ولاية ملزمة كما هى صفة هذه الولاية فى شأن مسائل الزواج والطلاق .

فالأصل أن الشريعة الاسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى هذه المسائل بالنسبة للمصريين جميعا ، مسلمين وغير مسلمين . ولكن يباح لغير المسلمين ، عن طريق الاستثناء البحث ، الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى شأنها . وهذا الاحتكام معقود بشرطين : الأول ، اتحاد الملة بين الخصوم وهذا هو الشرط العام فى ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية . والثانى اتفاق الخصوم الذين تعتبرهم الشريعة الاسلامية ورثة فى نظرها ، وتراضيهم على الخضوع لشريعتهم الدينية أو الملية التابعين لها .

وقد أكدت محكمة النقض فى حكمها السابق الاشارة اليه أن الولاية فى مسائل المواريث والوصايا للشرائع والمجالس الطائفية غير الاسلامية هى مجرد ولاية تحكيمية بحتة ، بقولها ان « الاحتكام الى المجلس الملى فى مسائل المواريث لا يكون الا استثناء فى حالة الميراث الطبيعى . فاذا لم يتفق ذوو الشأن — وهم الورثة على حسب الشريعة الاسلامية باعتبارها

---

(١) نقض اول ابريل سنة ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤ .

مصدر الأحكام العامة فى ذلك ـ على الاحتكام الى هذا المجلس ، كان لا مناص من التقاضى أمام جهة الأحوال الشخصية ذات الولاية العامة وهى المحكمة الشرعية ، يستوى فى ذلك الميراث الطبيعى والايصائى اذ هما مرتبطان كل الارتباط أحدهما بالآخر »[١] .

وقد كان هذا الحكم كفيلا بقطع كل خلاف حول الصفة التحكيمية لولاية الشرائع والمجالس الملية غير الاسلامية فى مسائل المواريث والوصايا، ولكن المشرع رأى أن يزيد فى تأكيد هذا المعنى ، فأصدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ الذى نص على أن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الاسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ؛ على أنه اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى» .

والخلاصة مما سبق أن الدين يعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، بمعنى أن الشريعة الاسلامية هى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذه المسائل بالنسبة الى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ؛ وأن الشرائع الدينية الأخرى لها مجرد ولاية استثنائية بحته ـ حيث تتحد الملة بين الخصوم ـ فى المسائل المذهبية أو الروحية كالزواج وما يتفرع عنه ، وفى المسائل التى يباح فيها التحكيم بشرط التراضى عليه بين ذوى الشأن من الخصوم ، وهى على وجه التحديد الميراث والوصية .

---

(١) يراعى أن الحكم انما يتكلم عن الاختصاص القضائى وحده . ولكن من الواضح أن مضمونه ينصرف كذلك الى الاختصاص القانونى (او التشريعى)، اذ كان هناك تلازم ـ قبل الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ـ بين اختصاصها القضائى وولاية ما تطبقه من شرائع دينية فى شأن مسائل الأحوال الشخصية .

١٥٦ — أثر نشاط حركة التشريع الحديثة فى مركز الدين كمصدر رسمي اصلى للقانون المصرى

قلنا انه بعد صدور التقنينات المصرية فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، ظل الدين معتبرا مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى حدود المسائل التى أغفلت تنظيمها تلك التقنينات : فكانت الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة فى مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية ، وكانت الشرائع الدينية الأخرى — الى جنبها — ذات ولاية استثنائيــة محدودة بما يباح فيه التحكيم من مسائل الأحوال الشخصية ، وما يتعلق من هذه المســائل بالأمور المذهبية أو الروحيــة •

غير أن حركة التشريع لم تلبث أن نشطت فى القرن الحالى نشاطا كبيرا فى تلك المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين ، مما كان له أثره فى تضييق مدى هذه الولاية الى حد بعيد •

فصدر قانون « المجالس الحسبية » فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ موحدا القواعد القانونية المتعلقة بالأهلية والولاية على المال بين المصريين جميعا دون نظر الى اختلاف دياناتهم ؛ وقد استمدت أحكام هذا القانون من قواعد الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن • ولقد أحسن المشرع المصرى بهذا التوحيد فى مسائل كهذه ينتفى فيها حرج الارغام فى العقيدة ، لانقطاع صلتها بالأمور المذهبية أو الروحية • ثم استبدل بهذا القانون ، القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية ؛ ولم يلبث أن استبدل بهذا القانون الأخير — فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية — القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المــال •

وصدر كذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، بوضع قواعد جزئية متعلقــة ببعض مســائل الأحوال الشخصية الخاصــة بالمسلمين ، كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق •

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث ،

والقـانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف ، والقـانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشـأن الوصية .

وبصدور كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصـدر الرسمى الأصلى اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعـة الاسلاميـة التى استقيت منها تلك القوانين مصدرا تاريخيا أو ماديا لأحكامهـا .

فهذه التشريعات اذن قللت من مدى ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى للقانون المصرى الى حد بعيد ، ولكنها لم تعدم هذه الولاية اطلاقا . فما زال للدين مركزه كمصدر رسمى أصلى فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك أصلا للدين ، على التفصيل الذى سبق بيانه من اعتبـار ولاية الشريعـة الاسلامية ــ فى هذا النطـاق ــ ولاية عامـة وولاية الشرائع الأخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولذلك تنص المادة ١/٨٧٥ من التقنين المـدنى الجـديد على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال أمـوال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » . وتنص المـادة ٩١٥ من نفس التقنين على أنه « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها »[1] .

---

(١) يستند بعض الفقهاء الى هاتين المادتين للقول بأنهما تتضمنان نسخا للقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ، الذى يجعل للشرائع الدينيـة غير الاسلاميـة ولاية تحكيمية استثنائية فى مسائل الميراث والوصية . فالرأى عندهم ــ وهو ما يؤيدونه بما أوردته المذكرة الايضاحية لمشروع هاتين المـادتين (مجموعـة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٢٠٥–٢٠٦ و ٢٩٢–٢٩٤) ــ أن أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأن الميراث والوصيـة أصبحت تطبق اليوم وحدها ودون أى استثناء على المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين ، بحيث لم تعد للشرائع الدينية الأخرى اية ولاية تحكيمية فى هذا الشأن ، فلا يقبل من غير المسلمين التراضى على الخضوع لأحكامها فى شئون مواريثهم ووصاياهم . (انظر فى هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصدة ، =

وكذلك تنبه المذكرة التفسيرية للقانون الصادر فى شأن الوقف الى « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع الى الراجح من مذهب الامام أبى حنيفـة طبقا لأحكام المـادة ٢٨٠ من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها » .

ـ نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ . ـ عبد المنعم الشرقاوى، شرح المرافعات المدنية والتجارية، فقرة ١٣١، ص ١٩٩ و ٢٠٠ . ـ محمد على عرفه ، أسباب كسب الملكية، ١٩٥٥، فقرة ٣٨٦ وفقرة ٣٩٦) .

وعندنا أن هذا النظر غير صحيح . فالحكم الوارد فى هاتين المادتين انما هو حكم عام قصد به الاحالة الى الشريعة العامة ـ وهى الشريعة الاسلامية ـ فى بلد كمصر تتعدد فيه الشرائع فى هذه المسائل (فى هذا المعنى : احمد ابو الوفا المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٣٧) ، أما الحكم الوارد فى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ، فهو حكم خـاص قصد به بيـان ما للشرائع الدينيـة الأخرى من ولاية استثنائيـة على سبيل التحكيم فى هذا الشأن؛والحكم العام لا ينسخ الحكم الخاص كما هى القاعدة فى الالغاء .

وهذا ما استظهره المشرع المصرى فعلا ، فانه قد حرص ـ فى المشروع التمهيدى للمادتين المذكورتين ـ على أن ينص على أن تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلاميـة والنصوص التشريعية فى شانها ، **وذلك فيمـا لم يرد بشانه نص او حكم خاص** (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٢٠٥ و ٢٩٣) . واذا كانت لجنة المراجعة قد ارتأت من بعد حذف الاشارة الى أن تطبيق الشريعة الاسلامية والتشريعات الصادرة فى هذا الشأن مقيد بعدم وجود أحكام خاصة مخالفة (مجموعـة الأعمـال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٢٠٦ و ٢٩٤) ، فما ذلك الا لأن هذا المبدأ ـ فيما يقضى به من استعصاء نسخ الحكم الخاص بحكم عام ، ومن وجوب تطبيق الحكم الخاص الى جانب الحكم العام باعتباره استثناء واردا عليه ـ مبدأ مسلم مستخلص من القواعد العامـة دون حاجـة الى التزيد بالنص عليه صراحة فى هذا المجال .

هذا فضلا عن أن التقنين المدنى ـ كما تقول بحق محكمة النقض ـ ليس « موطنا لوضع قواعد للتنازع الداخلى فى مسائل الميراث والوصية » (نقض ١٩٤٣/٤/١ السابق الاشارة اليه) ، حتى يمكن أن يقـال انه اتى ناسخا بالمادتين المذكورتين لقانون سنة ١٩٤٤ . ولا اعتبار للاحتجاج بما ورد فى المذكرة الايضاحية ، مؤيدا هذا القول ، فليست لمثل هذه المذكرة حجية ملزمة ـ كما هى القاعدة فى التفسير ـ امام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها .

والخلاصة من كل ما تقدم ، أن الدين ظل – عقب صدور التقنينات الأولى فى أواخر القرن الماضى – مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية والوقف، وأن هذا النطاق قد ضاق من بعد الى حد بعيد نتيجة نشاط حركة التشريع الحديثة فى داخله .

ولم يتغير هذا الوضع بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية أخيرا ، فان المحاكم العادية اليوم – رغم توليها الفصل فى هذه المسائل بالنسبة الى الجميع على اختلاف الدين – ما تزال تقضى ، تبعا لاختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الأخرى ، كل منها فى حدود ولايته .

فالمقصود اذن باعتبار الدين اليوم مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى ، الدلالة على ما للشريعة الاسلامية من ولاية عامة فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من هذا النطاق ، وعلى ما للشرائع الدينية الأخرى فى ذلك من ولاية استثنائية قاصرة – عند اتحاد الملة بين الخصوم – على الأحوال الروحية أو المذهبية وأحوال التحكيم .

وسنرى فيما بعد عند الكلام فى مدى سريان القاعدة القانونية فى المكان وبالنسبة الى الأشخاص ، أن تعدد الشرائع الدينية التى لها ولاية متفاوتة فى حدود ما سبق بيانه من نطاق ، يصدع وحدة القانون ويمنع من تطبيق القانون المصرى التطبيق الاقليمى الكامل .

وأيا ماكان الأمر ، فلئن كانت الشريعة الاسلامية تعتبر – مع مايرادفها من شرائع دينية أخرى – مصدرا رسميا أصليا خاصا فيما سبق بيانه من نطاق محدود ، فانها تنفرد وحدها – فيما وراء هذا النطاق – باعتبارها كذلك مصدرا رسميا تكميليا يلجأ اليه لاكمال ما قد يقوم بالتشريع وبالعرف بعده من نقص ، وهو ما نعرض لبيانه فيما يلى بصدد المصادر الاحتياطية للقانون المصرى .

المطلب الثانى

المصادر الاحتياطيـــة

١٥٧ ـ الحاجة الى المصادر الاحتياطيـة

قلنا ان المصادر الرسمية الأصليـــة للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الأصل كل المسائل عموما ، والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطـاق محــدود . ففيما عدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للدين استثنـاء على ما سبق من تفصيل ، تثبت الولاية للتشريع أصلا .

غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجه كل ماقد يوجد أو يستجـد فى الحيـاة العمليـة من روابط وعلاقات وأوضاع . فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الاحتياطية لكى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الأصلى العام وهو التشريع .

والمصادر الاحتياطيــة فى القانون المصرى مصدران : فنجد من وراء التشريع العرف ، ومن وراء العرف مبادىء الشريعة الاسلاميــة .

أولا — العرف *

LA COUTUME

١٥٨ — تمهيد

العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة فى العمل مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة كقاعدة قانونية ، أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة فى ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يقصد باصطلاح « العرف » فضلا عن ذلك الدلالة على القاعدة أو السنة التى تحمل العقيدة فى الزامها على اطراد اتباعها فى العمل .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخى أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك الى أنه يتكون آليا مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة فى الجماعة . فهو مصدر رسمى فطرى وضرورى يعطى للقاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ، خاصة حيث الحياة بدائية ، والمحافظة على التقاليد شديدة

---

* المراجع

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I Nos. 109-139, pp. 317-446 — Lebrun, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, thèse, Caen, 1932. — Koschembahr-Lyskowski, Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capiatnt, pp. 403-415. — Spach, Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. II, pp. 277 - 301 — Waline, L'individualisme et le droit, 1949, pp. 249-308.

Allen, Law in the making, pp. 62-150 — Gray, The nature and sources of the law, pp. 282-301.

احمد حشمت ابو ستيت ، ابحاث فى اصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٣٣ — ٦٤٦ .

والسلطة فى الجماعة ضعيفة أو غير متركزة فى يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

فاذا تقدمت المدنية وتعقدت الحاجات فى الجماعة ، وضعف سلطان التقاليد ، وكبر سلطان الدولة وعظم تدخلها فى مختلف شئون النشاط فى الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وان بقى — الى جنب التشريع — مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم فى أغلب الدول الحديثة . وليس ينفى ذلك أن العرف ما زال فى بعض الدول كانجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر أصيل للقانون ، وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالزام به على أساس اطراد أحكام المحاكم على الحكم بقواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمى للقانون . وان يكن القضاء هناك — نظرا لما للسوابق القضائية من الزام — يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائى .

وينبغى — لبسط القول فى العرف — الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وخاصة القانون المصرى ، وبنصيبه المتفاوت فى فروع القانون المختلفة .

§ ١ — اركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة فى العمل مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

(١) ركن مادى ، يتلخص فى اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .

(٢) ركن معنوى ، يتلخص فى توافر الاعتقــاد فى الزام هذه السنة وضرورة اتباعها «[١]» .

١٥٩ ـ الركن المــادى ـ اطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل «[٢]» بسنة معينة ، واطراد العمل بهذه السنة وتواتره .

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها ، وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشــأ نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتى ، لا يفتعله أو يفرضــه أحد ، كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا «[٣]» . فاتباع الأفراد سنة معينة باطراد ، انما يكون محض اتبــاع ذاتى يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعهــا .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ، ويتكون أول الأمر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع ، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد فى هذا الصدد.

فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات

---

(١) Gény, op. cit., t. I, No. 110, p. 320.

(٢) تخرج القواعد العرفية وتستخلص تدريجيا وببطء من الوقائع أو الأعمال (Les faits) لا من الارادة المنصرفة عن بينة الى انشاء قاعدة قانونية. ولا يعنى ذلك أن الأعمال التى تستخلص منها القواعد العرفية يلزم ان تكون أعمالا غير اختيارية ، بل هى فى الغالب أعمــال اختيارية ولكنهــا لا تقوم ابتداء على الوعى أو القصد لانشاء قاعدة قانونيــة .

(أنظر : Lebrun, thèse précitée, No. 209)

(٣) ولكن لا يمكن اعتبار نشوء قواعد قانونية بمعزل عن تدخل المشرع معيارا دقيقا لتمييز العرف عن التشريع ، ذلك انه تنشأ قواعد قــانونيــة بمعزل عن ارادة المشرع دون أن ترد الى العرف ، فقد ترد الى مصدر آخر كالقضاء أو الفقه حيث يمكن اعتبــار كل منهما مصــدرا للقواعد القانونيــة (انظر فى هذا المعنى : Gény, op. cit., No. 110, p. 319)

والاستقرار على اتباع مضمونها . وينبغى أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الأفراد ، لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ، ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه باطراد ، وأن تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن تتوجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطعن فى عموم السنة اذن كونها محلية ، أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنيــة أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى.

وينبغى فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة «١» . بمعنى أن يكون قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على السواء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحت يتوقف على ظروف عدة ، ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعــد العرفيــة وبتفاوت موضوعهــا .

ويرى بعض الفقهاء «٢» أن العرف ينبغى أن يكون موافقــا للنظام العام والآداب فى الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق الا فى حق العرف المحلى والعرف المهنى أو الطائفى «٣» ، حيث قد يتصادم مثل هذا

---

(١) ومع ذلك أنظر فيمــا يراه بعض الفقهــاء من عدم اشتراط القــدم لنشوء العرف الدستورى خاصة :
عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الأول ، ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ١٦٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٧٣ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١١٧ . — محمد على أمام ، المرجع السابق ، فقرة ١١٥ .

(٣) وقــد عرض على محكمــة النقض امر التثبت من موافقــة العرف الكنسى الخاص بنظــام الرهبنة — وهو عرف طائفى — للنظام العام ، فقضت بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية .. وان من قواعد الرهبنة .. أن الأموال التى تؤول=

العرف مع ما استقر فى الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب . أما العرف الشامل ، فلا يتأتى القول باشتراط موافقته النظام العام والآداب فى الجماعة «١» ، لأنه هو نفسه ــ باعتباره متكونا فى الجماعة كلها ــ يسهم الى حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها «٢» .

وأيا ما كان الأمر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهى الى أن يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانونى ، وهو بذلك لا يملك الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ؛ ومن هنا يبدو تفوق التشريع عليه من هذه الناحيـــة .

والعرف ــ باعتباره سنة متبعة فى العمل باطراد ــ لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص ممـــا هو واقع فى العمل من التــــواتر على سير أو سلوك معين ، ولهذا كثيرا ما يعوزه الوضوح والتحديد ، وان يكن ذلك يزيد فى مرونته . وهو يفترق ، فى هذه الناحية ، عن التشريع الذى تقوم سلطة عامة مختصة بسنه وافراغ معناه فى لفظ يحدده فيعطيه الوضـــوح والثبات ، ونص قد يقيده فيجمد به عن مسايرة التطور .

ــ للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكا للبيعة ، اذ الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يثقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضيا بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة . وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادىء النظام العام أو أحكام القانون فى شىء ما » . (نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ ومابعدها) . وانظر لاحقا ، هامش (٣) ص ٧١٤ و ٧١٥ .

(١) الا ان تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة بنصوص تشريعية آمرة ، وحينئذ لا تجوز مخالفتهـا بعرف شامل ، لأن العرف أدنى من التشريع فى المرتبة كما سنرى .

(٢) هذا ما ذكرناه من قبل فى كتابنا « محاضرات فى المدخل للقانون » ، ١٩٥٤ ، ص ٢١٠ . وقد أخذ به أخيرا بعض الفقهاء ، فحددوا بذلك ما كانوا يطلقونه من شرط عدم مخالفة النظام العام والآداب « انظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٦٧ ، هامش (٣) » .

١٦٠ ـ الركن المعنوى ـ العقيدة فى الزام السنة المتبعة

لا يكفى ـ لتكوين القاعدة العرفية ـ وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل، بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود معنوى أو نفسى ينحصر فى قيام عقيدة ـ فى نفس من يتبعون هذه السنة باطراد ـ بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية «[1]» . وبغير هذا الوجود المعنوى أو النفسى لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الأفرد ـ حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها فى العمل باطراد ـ حق مخالفتها كما يشاءون .

وتوافر هذا الركن هو الذى يسمح بالقول بنشوء عرف ، وبتمييز العرف بالتالى عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقيـة خاصـة .

١٦١ ـ العرف والعادة الاتفاقية

العرف اذن يتميز أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد فى الزامه نفس الزام القواعد القانونية ، أى من الاعتقاد فى وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعى يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز العرف (La coutume) عن مجرد العادة (L'usage) : اذ يجتمع للعرف الوجود المادى والمعنوى على السواء أى اطراد السنة والعقيدة فى الزامها معا، ولا يجتمع للعادة الا الوجود المادى وحده دون الوجود المعنوى ، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة الالزام وان كانت مطردة فى العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد فى العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها ، وانما هو محض اتباع اختيارى من جانبهم .

---

(١) Gény, op. cit., No. 110, p. 320, No. 119, pp. 361-364. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 220-224.

وقيام عقيدة الالزام عند الأفـراد ، لا يعنى ان الأفراد يظهـرون بذلك ارادتهم فى انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا . (انظر : Lebrun, thèse précitée, No. 223)

من هنا فلا تسرى العادة فى حق الأفراد سريان العرف فى حقهم . فالعرف، وهو قاعدة قانونية ، يلزم الأفراد بذاته دون توقف على ارادتهم. أما العادة — وهى مجرد واقعة مادية ، أى مجرد سنة تتبع عادة فى العمل دون أن تسندها عقيدة فى الزامها — فلا تكون لها قدرة على الزام أى فرد كان ، الا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر ارادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ذاتية ملزمة ، وانما هو الزام ناشىء من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعها بمحض ارادتهم واتفاقهم . أى أن العادة لا يمكن الزامها فى قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وانما يستمد هذا الالزام من ارادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على تسمية العادة باسم « العادة الاتفاقية » (L'usage conventionnel) .

ومن أمثلة العادة ما اطرد عليه العمل فى الاسكندرية من أن المستأجر هو الذى يتكفل بثمن استهلاك المياه ، وما اطرد عليه العمل عكس ذلك فى القاهرة من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثمن «[1]» . وكذلك ماتجرى به العادة فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ماتجرى

---

(١) يذهب البعض الى اعتبار أن هذا المثل لم يعد من قبيل العادات الاتفاقية منذ تضمن التقنين المدنى الجديد نصا يقضى بأن يتحمل المؤجر ثمن المياه اذا قدرجزافا، فاذا كان تقديره بالعداد تحمله المستأجر(م٥٦٧/٢) (عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق،ص١٥٩، هامش (١)). ولكن الواقع أن هذا النص نص مفسر أو مكمل ينطبق اذا لم يوجد اتفاق على خلافه (م ٥٦٧/٣). وليس ما يمنع من أن يتحقق مثل هذ االاتفاق نتيجة انصراف ارادة المتعاقدين — ولو انصرافا ضمنيا مستخلصا من الظروف — الى الأخذ بعادة قائمة فى بعض المناطق من تحميل المؤجر ثمن المياه حتى ولو كان تقديره بالعداد ، أو من تحميل المستأجر هذا الثمن حتى ولو كان تقديره جزافا ؛ وحينئذ يعمل بالعادة دون النص المفسر والمكمل .

وانظر فى قدرة العادات الاتفاقية — نتيجة انصراف الارادة الى الأخذ بها — على مخالفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة بما يمنع من انطباقها : Gény, op. cit., t. I, No. 132, p. 426.

به العادة من توزيع الأرباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال ، وبنسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل . وكذلك ما تجرى به العادة فى بعض الفنادق أو المطاعم من قيام العملاء بدفع وهبة «١» بنسبة ١٠ ٪ أو ١٥ ٪ من قيمة الحساب الى القائمين بالخدمة فيها . وكذلك ما كانت تجرى به العادة من أن العربون يفقد على من دفعه اذا عدل عن ابرام العقد ، ومن الزام من قبضه برد ضعفه ان كان العدول من جانبه ، وقد أصبحت هذه العادة قاعدة تشريعية مفسرة أو مكملة ، اذ نصت عليها المادة ١٠٣/٢ التقنين المدنى الجديد .

فينبغى للأخذ بحكم العادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد والالتزام بها انصرافا صريحا ، أو ـ كما هو الغالب ـ انصرافا ضمنيا يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملاتهما السابقة «٢» . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين ـ لا صراحة ولا ضمنا ـ الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفترق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة «٣» ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة ملزمة ـ على العكس من ذلك ـ بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها «٤» .

واذا كانت القواعد العرفية ـ ككل القواعد القانونية ـ اما قواعد

---

(١) يطلق المشرع اصطلاح « الوهبة » (م ٦٨٤ مدنى) على ما يعرف فى اللغة الجارية باسم « البقشيش » .

(٢) Gény, op. cit., No. 131, p. 424

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٧٨ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .

(٣) أنظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 114, p. 191.

(٤) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 131, p. 423.

آمرة «١» واما قواعد مفسرة أو مكملة، فقد تدق التفرقة بين العادةالاتفاقية وبين القاعدة العرفية المفسرة أو المكملة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالزام فى الثانية دون الأولى ، فان التمييز بينهما يظل قائما على الأساس الذى أقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المفسرة أو المكملة بوجه عام ؛ فبينما لا تلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها ، اذ بالعرف المفسر أو المكمل ــ على النقيض من ذلك ــ يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

وينبغى أن يراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية وان كان يترخص فى تسميتها غالبا باسم العرف . وحينئذ تستمد العادة الاتفاقية الزامها من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها «٢» .

نتائج التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية : اذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشىء قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتيها الالزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ؛ فانه تنبنى على هذه التفرقة نتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيا يلى :

(١) يفترض العرف ــ ككل قاعدة قانونية ــ العلم به ، فلا يقبل

---

(١) من امثلة القواعد العرفية الآمرة ما كان موجودا فى مصر من قبل من قواعد عرفية مثبتة للأجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف فى بعض البلاد بتسمية الزوجة بلقب زوجها .

(٢) فى هذا المعنى :
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٦ . ــ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ، فقرة ١٢٨ . ــ محمد على امام ، المرجع السابق فقرة ١٢٠ .
وانظر عكس ذلك :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق فقرة ٧٨ .

ـ كمبدأ عام ـ الاعتذار بجهل أحكامه . أما العادة الاتفاقية ـ وهي مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة الا من ارادة المتعاقدين ـ فتفترض ، لامكان تطبيقها ، أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينة منها ، فهي لاتطبق اذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ في هذه الحال لا يمكن أن تكون ارادتهما قد انصرفت الى التقيد بأحكامها «[١]» .

(٢) يكون القاضي ـ باعتباره مكلفا بتطبيق القانون ـ ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه قاعدة قانونية في الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ، ولذلك لايكون الخصوم ملزمين في الأصل ـ كما سنرى ـ باثبات العرف . بينما ينبغي التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضي لها في حقهم، اذ هي في مقام الشرط الصريح أو الضمني في العقد . ويقع حينئذ على من يتمسك بالعادة الاتفاقية من الخصوم واجب اثباتها «[٢]» ، فيثبت وجودها المادي كسنة مطردة في العمل ، ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها «[٣]» .

(٣) لما كانت العادة الاتفاقية لاتلزم الا باتجاه ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها ، فينبغي أن يكون قاضي الموضوع ـ على خلاف الحال في العرف كما سنرى ـ مطلق السلطان فيما يقضي به من وجود العادة

---

(١) Gény, op. cit., No. 133, p. 425

(٢) Gény, ibid.

(٣) في هذا المعنى :
سليمان مرقس ، المرجع السابق فقرة ١٥٣ . ـ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ .
وقارن مع ذلك :
عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الاثبات ـ آثار الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٣٨ .

أو تطبيقها «١» ، لا معقب لمحكمة النقض عليه فى ذلك «٢» .

ومهما يكن من أمر التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهى فى كثير من الأحيان الى أن تصير عرفا ، حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية فى اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى حينما ينفصل الالزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ؛ فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونيـــة عرفية ملزمة بذاتها «٣» .

١٦٢ ـ اثبات العرف

قلنا ان العادة الاتفاقية يقوم باثباتها من يتمسك بها من الخصوم . أما العرف ، فعلى العكس من ذلك ، لايقع اثباته على الخصم الذى يطلب تطبيقه ، لأنه قاعدة قانونية ، والمفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية فلا يملك تكليف أحد باعلامه بها أو اثباتها له .

ورغم ذلك ، فلئن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونيـــة ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ؛ بينما العرف لايعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر التعسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة

---

(١) ويذهب الأستاذ « جينى » الى ان لمحكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع اذا رفض تطبيق العادة رغم استظهاره قصدالمتعاقدين الى التقيد بها (Gény, op. cit., No. 132, p. 428)

(٢) فى هذا المعنى :
حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية . ١٩٣٧ ، فقرة ١٧ ص ٨٥ و ٨٦ .

(٣) Gény, op. cit., No. 133, pp. 430, 431

شاملة كاملة ، خاصـة وهو غالبا عرف محلى أو طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضى أن يتوسل بكل الطرق الموصلة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيـام باثبات وجودها وتحديد مضمونها ؛ بل الغالب فى العمل أن يبادىء هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفيـة التى يدعيهـا ، دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الاثبات «١» .

وللقاضى كذلك — اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة — أن يستدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا ، يستنير بما تعطيـه الغرف التجارية من شهـادات مكتوبة فى هذا الشأن «٢» . ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الآخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الأمر بما له من سلطة تقديرية .

١٦٣ — رقابة محكمة النقض على وجود العرف وتطبيقه

قلنا ان القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لأن العادة الاتفاقية — وهى مجرد واقعة مادية — تعتبر مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع الرأى الأعلى والنهائى فيها ، فلا رقابة لمحكمـة النقض عليه فى تقديره . أمـا العرف ، فينبغى ، كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع — بشأن وجـوده

---

(١) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., No. 118

(٢) فى هذا المعنى :
مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعـة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٣ .

وبشأن تطبيقه على السواء — لرقابة محكمة النقض ، لأنه ليس الا قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض — وهى الرقيبة على صحة تطبيق القانون — حق التثبت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل منازعة ، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضى الموضوع اياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف .

واذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه . فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم، وشايعها فى قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين فى القرن الماضى ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التى تحيل فيها نصوص التشريع صراحةعلى العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه «١» .

ولكن تطرف هذا الرأى وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التى تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب «٢» .

واذا كان هذا الرأى يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجبه من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا أنه لايستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث

---

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201

(٢) راجع فى الاشارة الى هذا الراى فى القانون الفرنسى :
Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.
وانظر فى الأخذ به فى القانون المصرى :
حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٨٦ و ٨٧ . — عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .

لايزال يترك لقضاة الموضوع السلطة النهائية فى التثبت من وجود العرف، ولا تنهض الحجج المقدمة فى هذا الشـأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفه عن تطبيقه ؛ فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق العرف ، يقتضى منطقا وبداهة وجوب تحققها أولا من وجود هذا العرف الذى تتعرض لرقابـة صحة تطبيقه .

وليس بمقنع ، فى تبرير حرمان محكمة النقض من بسط رقابتها على وجود العرف كما هى مبسوطة على تطبيقـه ، أن يقال ان التثبت من هذا الوجود مسألة موضوعية لا مسألة قانونيـة ، على أساس أن العرف يخرج من الوقائع والأفعال فى الحياة الاجتماعية ، بحيث يكون التثبت من وجوده مرتهنا بثبوت هذه الوقائع والأفعال ، وهو ما يجب أن يستأثر به نهائيـا قاضيهـا الأصيل أى قاضى الموضوع .

فمثل هذا القول ، انما يغفل طبيعة العرف من ناحية ، وحقيقة الوقائع التى تخرج عن سلطان رقابة محكمة النقض من ناحية ثانية .

فالقواعد العرفية كما قدمنا قواعد قانونية ، كالقواعد التشريعية سواء بسواء . واذا كان لاخلاف هناك على سلطة محكمة النقض فى التثبت من وجود قواعد التشريع التى يقضى بها قضاة الموضوع ، فيجب أن يكون الحال كذلك فى شأن القواعد العرفية التى تشترك معها فى كونهـا قواعد قانونية، دون أن يغير من ذلك ماقد يتطلبه التثبت من وجود القواعد العرفية من فحص دقيق للوقائع لا يتطلب مثله التثبت من وجود القواعد التشريعية .

ومن المغالطـة أن يقال ان محكمـة النقض تنزلق بذلك الى ميـدان الوقائع وهو غير ميـدانهـا . فانه اذا كان من الطبيعى أن يمتنع على محكمـة النقض ـ وهى ليست محكمـة وقائع ـ بسط رقابتها على وقائع الدعوى أى على الوقائع التى تكون محلا لاعمـال القواعد القانونية ، فليس يمتنع عليها ـ بل يكون من واجبها ـ التثبت من الوقائع المكونة للقواعد القانونيـة التى يناط بها السهر على صحـة

تطبيقها «[١]» . فمسئوليتهـا عن رقابة تطبيق القـانون ، تقتضيهـا حتمـا التثبت من وجوده باعتبـار ذلك مسألة أولية لازمـة ، حتى ولو كان من شأن هذا التثبت التعرض للوقائع المولدة للقانون ، ويستوى فى ذلك أن يكون العرف أو التشريع هو مصدره .

ولا يبرر العدول عما يقضى به المنطق القانونى السليم من ضرورة اخضاع وجود العرف ـ كتطبيقه ـ لرقابة محكمة النقض ، ما يقال من أن « العرف أكثره محلى لا اقليمى ، والمصلحة التى تعود على أهل العرف من عرض التثبت من قيامه وعدم قيامه على محكمة النقض هى مصلحـة قليلة الأهمية . ولو فتح لهم الباب فيه ، لكثرت طعونهم وأضاعوا على المحكمـة وقتا كثيرا لعلها شديدة الحاجـه اليه » ؛ فتلك مجرد اعتبارات عمليـة ، لا يجب ـ أيا كانت قيمتهـا ـ أن تتقدم أو تغطى على ما قدمنا من اعتبارات قانونية .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما أسلفناه من حق محكمـة النقض فى بسط رقابتها على الأحكام القضائية فيما تقضى به من وجود العرف ومن تطبيقه على السواء «[٣]» .

§ ٢ ـ اساس قوة العرف الملزمة

١٦٤ ـ اختلاف النظر الى اساس الزام العرف

اذا اجتمع للعرف ركناه : ركنه المـادى من تواتر السير على سنة

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 179, pp. 202-203. — Lebrun, thèse précitée, No. 470, pp. 501, 502 .

(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ .

(٣) انظر فى الأخذ بهذا الرأى فى القانون المصرى خاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، ص ٥٣ (الهامش) . ـ عبد الباسط جميعى ، نظام الاثبات فى القانون المصرى ، ص ٨١ و ٨٢ . ـ محسن شفيق ، القـانون التجـارى المصرى ، الجزء الأول ، ١٩٤٩ ، فقرة ٣٠ ـ مصطفى كمـال طـه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ .

معينة فى الجماعة ، وركنه المعنوى من الاعتقاد فى الزام هذه السنــة ، خرجت منه قاعدة قانونيــة ملزمة هى القاعدة العرفيــة . بقى أن نتساءل عن أساس قوة العرف الملزمة ، أى عن الأساس الذى يجعل من العرف شكلا ملزما أو مصدرا رسميا للقواعد القانونية . وفى هذا الصدد نجد نظريات مختلفة ، يرد بعضها قوة الزام العرف الى ارادة الدولة ، ويردها بعض آخر الى « الضمير الجمــاعى » ، ويردهــا بعض ثالث الى أحكام القضــاء . فنستعرض فيما يلى هذه النظريات لنقف من بعد على ما للعرف من قوة الزام ذاتية .

١٥٦ — تاسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية

أول ما نصادف فى هذا الشأن نظرية قديمة «١» ، تكاد تكون مهجورة اليوم فى الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة احترامه بقوتهــا المــادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة فى رضا المشرع عنه وفى قيامــه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلى فى تصوير القانون . فقد كان من شأن هذا المذهب — كما رأينا «٢» — اعتبار القانون وليد ارادة الدولة ومشيئتها ، بحيث لايتصور وجود القانون دون استنــاد الى هذه الارادة أو المشيئة . ومن هنا ، لم يجد الفقهــاء الشكليون مفرا — أمام ما يوجد من قواعد قانونيــة ملزمة يجرى بها العرف فى الجماعة — من محاولة اسناد هذه القواعد الى ارادة الدولة أو ارادة المشرع،حتى يستقيم منطقهم من انكار صفة القواعد القانونية على كل قاعدة

(١) انظر خاصــة فى الاشارة الى هذه النظريــة :
Gény, op. cit., t. I, No. 114. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 146-149.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٤٩ .

لا تخرج من هذه الارادة . ولذلك كان طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن يعتبروها ارادة ضمنية للمشرع ؛ اذ ، ما دام المشرع لا يعترض على العرف المتكون فى الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الأفراد باحترامه ، فمعنى ذلك أن ارادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف . وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من ارادة المشرع الضمنية، كما يستمد التشريع قوته الملزمة من ارادة المشرع الصريحة «[1]». وبهذا المنطق ، يستقيم للشكليين ما يرونه من اعتبار التشريع مصدر القانون الوحيد، اذ لايعدو العرف أن يكون تشريعا، وان كان ضمنيا لا صريحا .

ويكفى لرفض هذه النظرية «[2]» ما قدمناه فى تفنيد المذهب

---

(١) والنتيجة المنطقية لهذا النظر ، هى أن لايكون للعرف الزام الا حيث يكون متفقا مع ارادة المشرع ، ولذلك يجب استبعاده وتغليب التشريع عليه حيث يخالف ما يتضمنه التشريع من ارادة المشرع الصريحة . واستنادا الى هذا النظر ، أمكن — منذ القرن السادس عشر — تغليب قواعد القانون الرومانى باعتبارها قواعد التشريع الصريح على قواعد العرف المحلى .
(انظر : Gény, op. cit., t. I, No. 114, p. 336)

(٢) ولا يفلح فى استبقاء هذه النظرية أو احيائها ، ما يقال من أن الجماعة — وهى تختص اليوم هيئة عامة بسلطة التشريع فيها — قد تنازلت بذلك عن حقها فى الالزام بالقواعد القانونية وقصرته على هذه الهيئة ؛ بحيث لايتأتى الاعتراف بالزام ما يجرى به العرف فيها الا على أساس استناده الى الارادة الضمنية لهذه السلطة التشريعية . (انظر فى الاشارة الى هذه الحجة والى أصحابها : Gény, op. cit., t. No. 114, p. 337. et note)

فهذا القول ظاهر البطلان . لأنه لا يعقل أن يترتب على اعطاء الجماعة سلطة التشريع الى هيئة معينة ، حرمان الجماعة نفسها من حق الالزام بما ينشأ فيها من قواعد عرفية ، اذ ليست هذه الهيئة الا وكيلة عن الجماعة تفرض القواعد القانونية باسمها ، ولا يسلب الموكل حقه وجود وكيل عنه بل يبقى للموكل دائما حقه يستعمله ان شاء الى جوار اداء الوكيل وكالته ، فيبقى للجماعة اذن حق الالزام بالقواعد القانونية عن طريق العرف ، الى جنب حق الهيئة العامة المختصة فى الالزام بالقواعد القانونية عن طريق التشريع .

الشكلى «١» الذى تخرج منه . ويعزز هذا الرفض ـ بالاضافة الى فساد تصوير القانون الذى تقوم هذه النظرية على أساسه ـ أنها تخالف الثابت المسلم من أن العرف كان أسبق فى الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه . وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة فى الجماعات البدائية التى لم تكن قد عرفت المشرع بعد «٢» .

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لاتقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمنيا ، وانما ـ كما سنرى ـ على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة . فالعرف اذن لا يكون ملزما لأن الدولة تقره وتطبقه ، وانما تقوم الدولة بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل .

١٦٦ ـ تاسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

سبق أن أشرنا «٣» الى المذهب التاريخى فى تصوير القانون وايمانه بأن القانون ينشأ ويتطور آليا نتيجة ما يتفاعل فى ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع ، باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعى » الذى يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة . وبذلك انتهى المذهب التاريخى الى أن يسند قوة الزام العرف الى «الضمير الجماعى» «٤» ، وأن يحل هذا الضمير ـ فى تأسيس هذه القوة ـ محل « ارادة المشرع » التى كان يتمسك بها المذهب الشكلى «٥» .

---

(١) راجع سابقا فقرة ٥٠ .

(٢) Lebrun, thèse précitée, No. 160

(٣) راجع سابقا فقرة ٦٨ .

(٤) Gény, op. cit., No. 115, p. 341

(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 165

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخى من فضل ــ من هذه الناحية ــ فى ابراز أهمية العرف كمصدر للقانون «١» ، وكمصدر سابق فى الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة. ولكن الحكم على نظرته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظرته الى تكوين القانون ؛ وقد أظهرنا من قبل ما فى هذه النظرة من مغالاة وقصور «٢» . فضلا عن أن تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة « الضمير الجماعى » من غموض وابهام يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك «٣» .

١٦٧ ــ تأسيس الزام العرف على احكام القضاء

وثم نظرية أخرى تذهب الى أن أساس قوة العرف الملزمة هو قضاء المحاكم بتطبيقه ، اذ ترى أن الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما يرفع اليه من منازعات . أى أن العرف لايتكون الا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذى يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط فى القانون الانجليزى حيث قد تلتمس تأييدا لها فى نظام السوابق القضائية المقرر فى هذا القانون ، بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسى من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها «لامبير»

---

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 166.
عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت، المرجع السابق، فقرة ٧٥ .
(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .
(٣) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 168.

(Lambert) «[١]» . فهذا الفقيه يستقرىء التاريخ ، ليخلص الى أن العرف فى الجماعات البدائيـة لم يخرج ـ خلافا للشائع ـ من العادة الشعبيـة (L'usage populaire) ، وانما خرج من أحكام الكهنة القضاة (Les prêtres-juges) الذين كانوا يستمدون سلطتهم فى القضاء من صفتهم الدينيـة ، نظرا لاختلاط القانون بالدين حينئذ . ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح القضاة مدنيين يستمدون سلطانهم فى القضاء من الدولـة لا من الدين . فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية (عرفية) لا يكون اذن تلقائيا ، اذ مصالح الأفراد مختلفـة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قـواعد لحكم علاقاتهم لابد بالتالى وأن تكون متباينة . ولاينحسم الأمر الا بتدخل سلطة اجتماعية هى السلطة القضائية . فاذا اطردت أحكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع ، أو عن تسليم أمام ما لهذا القضـاء المستقر من حجة ملزمة . وبذلك لا يأتى اجتماع الأفراد وتضافرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها . ولاينفى هذا التصوير أن القضاء لا يتحكم فى فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم فى فرضها الاتجاهات والأفكار السائدة فى الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد فى الجماعة من عدادات مختلفه مبهمة مجردة من القيمـة القانونيـة «[٢]» . فاذا كان للجماعة دور اذن فى شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنضم اللاحق .

ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية .

---

(١) Lambert, La fonction du droit civil comparé, t. I, 1903.
وانظر كذلك فى عرض نظرية هذا الفقيه :
Waline, op. cit., Nos. 153-157, pp. 274-283. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 184-190.

(٢) Waline, op. cit., No. 157, pp. 292, 283.

بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية ـ على الأقل ـ قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء «١» ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل «٢» كما هو الشأن فى بعض قواعد العرف المهنى «٣» .

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار وظيفته هى تطبيق القانون ، تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكى يستطيع من بعد القيام بوظيفته فى تطبيقه . وليس من الطبيعى كذلك أن يكون مايستند اليه القضاة ويطبقونه فى منازعات الأفراد هو ما يضعونه بأنفسهم من قواعد «٤» .

فالقضاء اذن لا ينشىء العرف ، لأن العرف انما ينشأ فى الجماعة وتقوم العقيدة فى الزامه فى أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الأمر الى القضاء . فاذا رفع الأمر الى القضاء وحكم بالعرف ، فهو انما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلا، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة بنص من النصوص المدونة . أى أن القضاء لا ينشىء العرف أو يخلقه بحكمه به ، وانما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة. ومتى كان العرف موجودا ، أصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، اذ يجد نفسه

---

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 264.

(٢) يرى الأستاذ « فالين » أن ثم قاعدة قانونية على الأقل لا مناص من التسليم باعتبار مصدرها الأصلى فى الجماعات البدائية هو العرف لا القضاء ؛ هى تلك القاعدة التى كانت تعطى لأحكام القضاء نفسها القوة الملزمة (Waline, op. cit., No. 163)

وكذلك يرى أن ثم قواعد قانونية لا يطعن احد فى وجودها ولا فى قوتها الملزمة كقواعد عرفية خالصة لا تنتسب الى أصل قضائى ، هى القواعد الأساسية لنظام الملكية فى فرنسا وخاصة تلك التى كانت متعلقة بتوارث العرش وحصره فى الابن الأكبر من الذكور وحرمان الاناث وذريتهن منه . فهذه القواعد وغيرها من المبادىء الأساسية للقانون العام الفرنسى القديم قد تكونت عرفيا دون أى تدخل قضائى (Waline, op. cit., No. 164) .

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., No. 114.

(٤) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.

أمام قاعدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هى تطبيق القانون . ومن هنا ، فليس صحيحا القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لأنه موجود . وبذلك لايكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به،وانما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف.

دور القضـاء فى تحـديد مضمـون العـرف وتـدعيم قوتـه الملزمـة :

اذا كان جمهور الفقهاء «١» يتفقون على رفض هذه النظريـة لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضـاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فان دور القضـاء من هذه الناحيـة لا يزال — رغم ذلك — غير منكور فى تحديد مضمون العرف وفى تحديد قوته الملزمـة على السواء .

فالعرف — كما سبق البيان — يعوزه غالبا الوضوح والتحديد ، لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل فى الجماعة بسنة ملزمـة . فاذا طلب الى القضاء تطبيقه ، أتيحت الفرصـة لازالة الغموض والابهـام عنه ، اذ يتوفر القضـاء على تمحيص حقيقـة العرف للوصول الى استقصاء معناه الحقيقى كما يوجد فى الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ؛ فكأن القضـاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديده .

وكذلك فللقضاء دور كبير فى تدعيم قوة الزام العرف . فلئن كانت هذه القوة كامنة فى عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها القضـاء ، الا أنها تجد التطبيق العملى لها على يد القضاء ، مما يزيد فى تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترام العرف «٢» .

---

(١) Waline, op. cit., Nos. 162 - 165. — Gény, op. cit., I, 119, p. 366, t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

(٢) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.

١٦٨ — قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لايستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذى يرضى عنه ، أو الدولة التى ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعى ، ولا من القضاء الذى يحكم بقواعده . وانما للعرف — كما يتجه الفقه الحديث — قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده «١» حين لا يوجد تشريع كما فى الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا — والنقص فيه طبيعى وفطرى — كما فى الجماعات الحديثة . فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة فى حكم السلوك فيها ، وفى التصدى لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه ، أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

وفضلا عن ذلك فقد يسهم فى اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة فى النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ؛ وما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار فى المعاملات من تطبيق السنة التى جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملزمة ؛ وما فى العرف — وهو الذى يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون به على السواء — من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة «٢» .

§ ٢ — مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

١٦٩ — مقام العرف فى القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الرسمية الأخرى التى ما لبثت أن

(١) Gény, op. cit., No. 116, p. 345. — Lebrun, thèse précitée, No. 212. — Roubier, op. cit., No. 1, p. 9.

(٢) Gény, op. cit., t. I, No. 116, pp. 345, 346.

ظهرت الى جواره • ثم انتشرت المدنية وتعقدت حاجات الجماعات ومطالبها، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الأسمى بين المصادر الرسمية ، فتخلى عنه • واحتله التشريع بدلا منه فأصبح اليوم ـ فى أغلب الدول الحديثة ـ هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها • ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا فى بعض دول محدودة ولظروف خاصة بها •

وفى أغلب الدول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانونى ، تستحيل مسايرة المذهب التاريخى فى منطقه من تقديم العرف عليه فى المرتبة وتمكينه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه • فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعى ـ السائد فى العصر الحديث ـ بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية •

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسها تجعله أضعف من التشريع : فهو مصدر انتاجه القانونى بطىء لا يسعف الجماعات الحديثة فى الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة • وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد ، مما يتعذر معه تحقيق النظام والأمن والاستقرار فى المعاملات• وتكوينه الذاتى دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعه ، لا يؤمن معه اسرافه أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده • فمن هذه النواحى تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له ـ بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة ـ سرعة الانتاج القانونى ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده •

١٧٠ ـ تقدم مرتبة التشريع على العرف فى القانون المصرى

وأيا ما كان الأمر ، فلا خلاف فى القانون المصرى على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصرى صراحة على وضع التشريع فى المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية،ومن بعده يأتى العرف لاكمال

ما قد يقوم بالتشريع من نقص . فالمادة الأولى من التقنين المدنى ـ بعد أن تحيل القاضى أولا الى نصوص التشريع فى فقرتها الأولى ـ تعود فى فقرتها الثانية فتعدد المصادر الأخرى التى يلتمس فيها القاضى القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف فى مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ... » .

والعرف على هذا النحو يعتبر فى القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه فى حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص . وفى ذلك تصرح المذكرة الايضاحيه لمشروع التقنين المدنى الجديد بقولها « الواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضى مباشرة ان افتقد النص . . . فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع مصدار تكميليا خصبا لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء » «[١]» .

١٧١ ـ نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع فى القانون المصرى ، أن العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع ـ على العكس من ذلك ـ يملك مخالفة العرف والغاءه . وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدنى على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ... » . فغنى عن البيان ـ كما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١ ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

تقول المذكرة الايضاحية فى هذا الشأن ـ « أن النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر ، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق »(١) .

(ا) عدم قدرة العرف على مخالفة او الغاء نصوص التشريع الآمرة :

الثابت اذن أن العرف ـ كمبدأ عام ـ لا يملك مخالفة التشريع أو الغاءه . وهذا المبدأ ـ فيما نرى ـ مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ، ما يحمى منها مصالح خاصة ، وما يحمى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء «٢» من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة ، لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الأخرى تعلقا بالنظام العام فلا يجوز الترخيص فى مخالفتها أو الغائها الا بنصوص تشريعية آمرة كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة **العرف التجارى** خاصة للنصوص التشريعية الآمرة «٣»، فقول لا يمكن التسليم به على اطلاقه . اذ لا يمكن بحال من الأحوال ـ والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف ـ تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص .

انما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ، اذ الواقع أنه ليس فى ذلك اهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ؛ وفقرة ١٦٧ ، ص ٢١٨ ، هامش (١) . ـ سليمان مرقس، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، الموضع السابق .

ذلك أن الأمر لا يعدو تحديد نطــاق تطبيق كل من القــانون التجــارى والقانون المدنى . والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل ، والقانون التجارى الفرع ؛ فحيث لا توجد قواعد خاصــة بالمسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع الى القواعد العامة فى القانون المدنى باعتباره الشريعــة العامة فى المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشــأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجــارى وبين نصوص القانون المدنى ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة «١» .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى ــ اذ لا محل لتطبيق القانون المدنى وهو القاعدة العامــة عند وجود العرف التجارى وهو القاعدة الخاصة ــ وانما تقاس مرتبتــه فقط الى القــانون التجارى ، فتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة ــ كما هو المبــدأ العام ــ بحيث لا يجوز لها مخالفتهــا أو الغاؤها «٢» .

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 48.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ ، ص ٣٧ و ٣٨ .
وانظر عكس ذلك :
محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، فقرة ٣١ .

(٢) ولذلك لانقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢) من تجويز مخالفــة العرف التجارى نصوص القــانون التجارى الآمرة (غير المتصلة بمصالح الدولة الأساسية) ، وقياسهم على ذلك العرف المدنى للقول بامكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدنى الآمرة المماثلة. فهذا الرأى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى (انظر كذلك فى انتقاد هذا الرأى : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، هامش (١)).

وقد أجاز التقنين المدنى صراحة مخالفة العرف التجارى للنص المدنى الآمر الخاص بالفوائد المركبة ، اذ تنص المادة ٢٣٢ منه على أنه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولايجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » . وهذا النص مبرر — كما سبق البيان — لأنه لا يتضمن خرقا لمبدأ تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ما دامت القاعدة أن لا ولاية لقواعد القانون المدنى فى المسائل التجارية عند وجود عرف فيها ، فلا تنازع يتصور اذن بين العرف التجارى والنص المدنى الآمر على أيهما أولى بالتطبيق ، حتى يمكن أن يقال — فى حال تطبيق العرف التجارى — بتغليبه على النص المدنى الآمر .

(٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المفسرة او المكملة دون الغائها :

ولئن كان العرف لا يملك مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة ، فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المفسرة أو المكملة لارادة المتعاقدين[١]، اذ هى نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها فى الجماعة . ولذلك نرى المشرع يعنى بالتنبيه فى بعض النصوص المفسرة أو المكملة الى أن هذه النصوص لا تسرى اذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدنى ، من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع « ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٦٤ من أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » . وما تنص عليه

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٢ . مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ .

المادة ٦٥٦ فى صـــدد عقد المقاولة من أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، الا اذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » •

وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفـــة نصوص التشريع المفسرة أو المكملة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصـــوص • فقيام عرف مخالف لتلك النصوص انما يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيهم على خلافها «[١]» ، فلا يكون له من أثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها «[٢]» ، اذ العرف ـ كما قلنا ـ لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه •

١٧٢ ـ نصيب العرف فى فروع القانون المختلفة

من كل ذلك يخلص أن مكان العرف بين المصادر الرسميـــة للقانون يأتى بعد التشريع مباشرة • غير أن نصيبه ـ كمصدر رسمى تكميلى للتشريع ـ يتفاوت بتفاوت فروع القانون •

(ا) القانون التجارى : العرف أخصب ما يكون فى نطـــاق القـــانون التجارى ، حيث النصوص التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة المتطورة • ومن أمثلـــة العرف التجارى افتراض التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبـــة أى واحد من المدينين بكل الدين ؛ وهذا العرف التجـــارى مخالف لمـــا ينص عليه التقنين المدنى من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩) • ومن أمثلة العرف التجارى كذلك مايقضى به خاصـــة فى شأن الحساب الجارى من جواز تقاضى فوائد على متجمد

---

(١) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتفاقية .

انظر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401, No. 132, pp. 426, 427.

ـ وانظر سابقا ، ص ٣٣٨ ، هامش (١)) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ .

الفوائد أو تجاوز مجمـوع الفوائد لرأس المـال ، خلافا للقاعدة الآمرة الموجودة فى التقنين المدنى فى هذا الشـأن (م ٢٣٢) ، وكذلك من قـواعد العرف التجارى قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقـة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى «١» .

(٢) القانون المدنى: وفى نطاق القـانون المـدنى ليس نصيب العرف بالوافر ، وان تكن نصـوص التقنين المدنى تحيل عليه أحيانا كمـا سبق البيان . ومن أمثلة العرف فى العلاقات المدنيـة ما يقضى به من وجود قرينة على اعتبـار أثاث المنزل ملكا للزوجة المسلمـة ، فلقد جرى العرف بين المسلمين على أن تجهيز منزل الزوجية بالأثاث انما تتكفل به الزوجـة أو أهلها ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامـة الدليل على عكسهـا . وكذلك ما يزال العرف يجرى فى مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها الأصلية بعد الزواج ، خلافا لما يجرى به العرف فى الدول الغربية من اكتسابها لقب الزوج بمجرد الزواج .

(٣) القانون الدستورى وفى نطاق القانون الدستورى ليس حظ العرف بالضئيل «٢» . فبعض الفقهاء فى مصر مثلا كانوا يبررون ــ كمـا رأينا ــ حق السلطة التنفيذية فى اصدار لوائح البوليس فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بما جرى عليه العرف فى ذلك «٣» .

وكذلك يشير الدستور الجديد فى بعض مواده الى العرف ، كقوله فى المادة ٤٣ منه « ... تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعيـة فى مصر ، على أن لا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب » ، وهو تكـرار للنص الذى كان موجـودا فى دستـور سنـة

(١) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٢) راجع فى العرف الدستورى وانواعه وقوته :
عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، ص ١٨٥ــ٢٠٢ . ــ سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ٨٣ــ١٠٦ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٢٩٤ .

١٩٢٣ (م ١٣) .

(٤) قانون العقوبات : أما قانون العقــوبات ، فليس للعرف فيــه ــ بوصفــه مصــدرا رسميا ــ أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات «[١]» . فثم قاعدة أساسية فى قانون العقوبات تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » . وتحرص الدساتير عادة على النص عليهــا صراحة ــ كالدستور المصرى الجديد (م ٣٢) ــ تأكيدا وكفالة للحرية الفردية . وعلى ذلك ، فأمام خلو التشريع من نص يقضى بتحريم فعل والعقاب عليه ، لايكون أمام القاضى الا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب «[٢]» .

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا على سبيل الاستئناس بصفته معينا على تفسير النص «[٣]» وتحديد

---

(١) فى هذا المعنى :

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Seiitirô Ono, les sources du droit pénal, Receuil d'études sur les sources en droit, en l'honneur de F. Gény, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .

(٣) ومع ذلك ، فقد ذهب بعض الفقهــاء (سليمــان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٥١ ، ص ٢٢٩) الى أن للعرف مجالا فى نطاق قانون العقوبات بوصفه مصدار رسميا تكميليا يسد نقص التشريع ، مستندا فى ذلك الى حكم لمحكمة النقض يقضى بأنه «لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق دائما » . (نقض ٦ أبريل ١٩٤٨، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، رقم ١٢٣، ص ١٦٦) . =

مضمونه ، أى بصفته مجرد مصدر تفسيرى .

ـ غير أن متابعة حيثيات هذا الحكم لا تسمح بمثل هذا القول . فمحكمة النقض تستطرد فتقرر ان « **مخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات** التى تنص على أنه لايجوز سوق السيارات بسرعة او بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته » . ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض الى العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تعاقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة او فارضا لعقوبة ، وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيرى تستعين به على تفهم مضمون النص التشريعى الموجود اصلا . ولا تثريب على محكمة النقض فى الاستعانة بالعرف لتفسير نص من النصوص التشريعية الجنائية ، اذ يبقى أساس الحكم بتوافر أركان الجريمة أو بالعقاب عليها هو أساس تشريعى محض ، مما تظل محترمة معه قاعدة « لاجريمة ولاعقوبة الا بناء على قانون ».

وقد كان لهذا النقد الذى سبق ان وجهناه (انظر : كتابنا ، محاضرات فى المدخل للقانون ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦) الى الراى القائل باعتبار العرف مصدار رسميا تكميليا لقانون العقوبات ، اثره فى رجوع صاحبه عنه ، اذ اصبح يذكر أن « دور العرف فى المواد الجنائية يقتصر على انشاء الالتزام الذى تقع مخالفته تحت طائلة نص قائم فى تشريع يفرض عقوبة على مجموعة من المخالفات كالنص على عقاب من يقود سيارة بطريقة ينجم منها خطر ، ولا يمكن أن يجاوز ذلك الى انشاء جريمة أو تقرير عقوبة » (سليمان مرقس : المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٦٢) .

ثانيا – مبادىء الشريعة الاسلامية

١٧٣ – اعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية فى التقنين المدنى الجديد مصدرا رسميا احتياطيا يلى العرف فى غير النطاق المتروك اصلا لولاية الدين

أشرنا من قبل الى أن الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية. فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن الا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء فى ولاية الشرائع الدينية الأخرى .

ولم يكن للشريعة الاسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق ؛ ولذلك لم يسلكها المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد فى سلك المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ، بل قنع بتسويتها بالفقه والقضاء كمصدر يرجع اليه القاضى على سبيل الاستئناس لا الالزام، اذ كان ينص على أن القاضى «يستلهم ... الأحكام التى أقرها الفقه مصريا كان أو أجنبيا ، وكذلك يستلهم مبادىء الشريعة الاسلامية » «[1]» .

ثم رأت لجنة مراجعة ذلك المشروع أن ترتفع بمرتبة الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، فاعتبرتها ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ، ووضعتها فى المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف . ونصت على ذلك فى المشروع النهائى للتقنين بقولها « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فاذا لم يوجد ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٣ .

فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين ... » «(١)» .

وقد ثارت فى اللجنة المؤلفة فى مجلس الشيوخ لبحث ذلك المشروع النهائى مناقشة طويلة حول هذا النص . فقد اعترض على حكم الاحالة على مبادىء الشريعة الاسلامية « دون تقيد بمذهب معين » ، بأن ذلك قد يستتبع اضطرابا فى الأحكام لاختلاف المذاهب الاسلامية اختلافا بينا فيما بينها . وانتهت اللجنة الى حذف العبارة الخاصة بعدم التقيد بمذهب معين حين الرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية ، أخذا بأن المقصود هو الرجوع الى المبادىء الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ؛ وهذه المبادىء الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الاسلامية .

وكذلك اعترض على تقييد الرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية بمبادئها الأكثر ملاءمة لنصوص القانون ، بأن التعارض بين مبادىء الشريعة الاسلامية ونصوص القانون لن يحدث ، لأن الشريعة الاسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادى العامة دون الحلول التفصيلية . وانتهت اللجنة الى حذف عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملاءمة «(٢)» .

وبذلك خرج نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدنى الجديد كالآتى : « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فاذا لم يوجد، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية.. » .

وعلى هذا النحو ، يمكن أن نقول ان الشريعة الاسلامية ـ فيما عدا النطاق المتروك أصلا لولاية الدين ـ تعتبر مصدرا رسميا تكميليا يأتى فى

---

(١) المرجع السابق ، ص ١٩٠

(٢) المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢ .

المرتبة التاليــة للعرف ؛ بمعنى أنه عند عدم وجود نص فى التشريع ، يلجأ القاضى أولا الى العرف ، فان لم يجد عرفا لجأ من بعد ذلك الى مبادىء الشريعة الاسلامية . والمقصود بذلك هو مبادىء هذه الشريعة وأصولها الكليــة وحدها التى لايختلف جوهرها باختلاف المذاهب ، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التى تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهــاء ؛ على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادىء الشريعــة الاسلامية المأخوذ بها مع المبادىء العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها «[1]» .

وغنى عن البيان أن مبادىء الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدرا رسميا تكميليا ، انما يرجع اليها عند نقص التشريع والعرف ، فى غير نطاق مسائل الأحوال الشخصية وهو النطاق المتروك أصلا لولاية الدين، بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين .

واذا كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد قد جعل من مبادىء الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضى الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالــة ، وكان ذلك حقيقا بايجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية مما قد يكون له أثره فى انهاض الفقه الاسلامى واحيائه «[2]» بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد ؛ فينبغى أن يراعى ــ رغم ذلك ــ أن الالتجاء الى الشريعــة الاسلامية لن يتأتى فى العمل الا نادرا ، نظرا لأن التشريع ــ وهو المصدر الرسمى الأول للقــانون المصرى ــ قد غدا فى العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على الســواء ، مما لايدع مجالا كبيرا للالتجاء الى العرف وهو

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المـدنى الجـديد ، الجزء الأول ، ص ٤٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالى ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصـــدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادىء الشريعة الاسلامية وخاصة فى وضعهـا الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجـة اقفـال باب الاجتهاد فيها ، فضـــلا عما قد يكون هنالك من تعارض بين بعض مبادىء هذه الشريعـة وبين المبـادىء العامـة الأساسية للقـانون الوضعى المصرى الحالى .

الفرع الثانى

تطبيق القاعدة القانونية

مقـــدمة

١٧٤ ـ السلطة القضائية تقوم على تطبيق القـانون

اذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل الذى سبق بيانه ، فيبقى تطبيقها فى العمل . والسلطة القضائية الممثلة فى المحاكم هى التى تختص بمثل هذا التطبيق . وتعنى الدساتير عادة بالنص خاصـة على استقلال هذه السلطـة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم فى ذلك لغير القانون وضمائرهم «[١]» .

وقـد عرفت مصر نظـام تعدد الجهـات القضـائية نظرا لظروف تاريخيـة «[٢]» وتقليدية معينة «[٣]» . واذا كان هذا التعدد ما يزال قائمـا بعد الى اليوم ، فانه قد أصبح منحصرا فى أضيق نطـاق ، بعـد أن خطا المشرع المصرى ـ فى السنوات الأخيرة ـ خطوات مباركة بالغاء المحـاكم

---

(١) تنص المـادة ١٧٥ من الدستور المصرى الجديد على أن « القضـاة مستقلون لاسلطـان عليهم فى قضـائهم لغير القـانون ، ولا يجوز لأية سلطـة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالـة » . وتنص المـادة ١٧٩ منه على ان « القضاة غير قابلين للعزل ، وذلك على الوجه المبين فى القانون » .

(٢) راجع فى تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية وتطوره فى مصر :
حامد زكى ، اصول القانون الدولى الخاص ، الطبعـة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ وما بعدها . ـ محمد عبد المنعم رياض ، مبادىء القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٣) راجع فى أصل وتطور نظـام الامتيازات الطائفيـة فى مصر :

Hassan Boghdadi, origne et technique de la distinction des statuts personne et réel en Egypte (Etude de droit comparé), thèse, Le Caire, 1937.

حسن بغدادى ، الاختصـاص التشريعى والقضائى بالنسبة لمواريث غير المسلمين ووصاياهم ، مجلة الحقوق للبحوث القانونيـة والاقتصادية ، السنة الأولى ، العدد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعدها . ـ حامد زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٣ وما بعدها . ـ محمد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢١ وما بعدها .

المختلطة «١» والمحاكم الشرعية والمجالس الملية المتعددة «٢» . فلم تعد المحاكم متعددة فى مصر ــ على النحو المعيب السابق ــ تبعا لاختلاف جنسيات الخصوم أو اختلاف أديانهم . وانما بقى نوع من تعدد الجهة القضائية ، يقوم على أساس تميز المنازعات الادارية ــ عن بقية المنازعات الأخرى ــ بطبيعة خاصة ، استدعت تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى «٣» . ولذلك فثم ظاهرة تحكم القضاء فى مصر اليوم

---

(١) مهدت اتفاقية « منترو » المعقودة سنة ١٩٣٧ لالغاء الامتيازات الأجنبية فى مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية . وقد تم تحقيق هذا الالغاء نهائيا منذ ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٢) تم هذا الالغاء بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الوقائع المصرية فى ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٥٥ ، العدد ٧٣ مكرر (ب)) حيث نصت المادة الأولى منه على ان « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من اول يناير سنة ١٩٥٦ ، وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة ... » .

(٣) ومع ذلك ، فيذهب بعض فقهاء القانون الادارى فى مصر الى انكار الحاجة الى انشاء قضاء ادارى مستقل فيها ، وذلك على الأقل فى غير دعاوى الالغاء التى تعتبر فى حقيقتها تظلمات ادارية . اذ ليس وجود قضاء ادارى مستقل شرطا أساسيا لوجود القانون الادارى ، خلافا للشائع فى هذا الشأن . واذا كان التخصص من مزايا القضاء الادارى المستقل ، فان من اليسير تحقيقه فى نطاق القضاء العادى بتخصيص دوائر خاصة فى المحاكم العادية للفصل فى المنازعات الادارية ؛ وفى جعل المنازعات الادارية من اختصاص المحاكم العادية على هذا النحو ، ما ييسر ويقرب طريق القضاء للمتقاضين نظرا لانتشار محاكم القضاء العادى فى انحاء البلاد . فضلا عن أن تخويل القضاء العادى حق النظر فى القضايا الادارية ، يكاد يكون هو الحل الوحيد الذى يتفق مع مبدأ فصل السلطات الذى يقوم على أساسه النظام الدستورى المصرى . (انظر فى بسط هذا الرأى والدفاع عنه : محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى المصرى والمقارن ، الجزء الأول ، ١٩٥٢ ص ٦٢ و ٦٣ ؛ مجلس الدولة والقضاء الادارى فى مصر ، مجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد الثانى ، خاصة ص ٣٠٣ وما بعدها) .

هى ظاهرة ازدواج جهتــه ، فالى جانب جهة القضــاء العادى توجد جهة القضــاء الادارى .

(١) جهة القضــاء العادى : تعتبر هذه الجهة هى جهة القضــاء ذات الولاية والاختصاص العام الذى يشمل كل المسائل والمنازعات الا ما يخرج منه استثناء بنص خاص . وفى أعلى السلم المتــدرج لمحاكم هذه الجهــة توجد محكمــة النقض ، وهى المحكمة العليا التى تسهر على صحة تطبيق القانون . ومن تحتها تتدرج المحاكم الى محاكم استئناف ومحاكم ابتدائية ومحاكم جزئيــة فى المواد المدنيــة والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، والى محاكم جنايات ومحاكم جنح ومحاكم مخالفات فى المواد الجنائية .

(٢) جهة القضــاء الادارى : لم تكن فى مصر ـــ قبل انشــاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ـــ جهة قضــاء مستقلــة للفصل فى المنازعات الادارية بل كان الفصل فيها حينئذ من اختصاص جهة القضاء العادى ، التى كانت سلطتها فى ذلك محدودة مقيدة . ثم أنشىء مجلس الدولة ، وجعل من بين أقسامه قسم قضائى ، أصبحت محاكمه اليوم تتدرج على النحو التالى : المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضاء الادارى ، والمحاكم الادارية «[١]» . وولاية محاكم جهة القضاء الادارى ولاية خاصة ، قاصرة على ما تخضعه لها القوانين من مســائل ـــ تكاد تشمل كل أنواع المنازعات الادارية ـــ انتزاعا من الولاية القضائية العامــة الثابتة أصلا لجهة القضاء العادى «[٢]» .

= واذا كان صاحب هذا الراى ما يزال يؤمن بسلامة ما يقوم عليه من حجج، فانه ـــ رغم ذلك ـــ لم يعد يرى اليوم من الجائز التفكير فى الغاء نظــام مجلس الدولة فى مصر بعد أن حقق كثيرا من النجاح وثبت الزمن أركانه . (محمــد فؤاد مهنا ، دروس القــانون الادارى ، ج ٣ ، الرقابــة القضــائية على اعمال الادارة ، ١٩٥٧ ، ص ٤٣) .

(١) م ٣ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى شأن تنظيم مجلس الدولة (الوقائع المصريــة فى ٢٩ مارس ١٩٥٥ ، العدد ٢٥ مكرر) .

(٢) محمــد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

ومواجهة للتنازع المحتمل بين جهتي القضاء ، أوجد المشرع محكمة لفضه ، اذ تقرر المادة ١/١٩ من قانون نظام القضاء أنه « اذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام احدى المحاكم وأمام محكمة القضاء الادارى ... ولم تتخل احداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها ، يرفع طلب تعيين المحكمة التي تفصل فيها الى محكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية يحضرها على الأقل أحد عشر مستشارا من مستشاريها . وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من احدى المحاكم والآخر من محكمة القضاء الادارى .

١٧٥ — منهج البحث

يثير البحث فى تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيستين : الأولى ، تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية ، تفسير القاعدة القانونية تفسيرا يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ومن هنا نقسم هذا الفرع الى بابين :

الباب الأول — فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى — فى تفسير القاعدة القانونية .

الباب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

١٧٦ ـ تمهيد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذى يبلغه سريانها •

ومدى سريان القاعدة القانونية انما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

الأول ، تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى فى حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لأحكامها بدعوى الجهل بها •

الثانى ، تحديد هذا المدى من حيث المكان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم النافذة فيه أم محل وجود الأشخاص الموضوعة من أجلهم هذه القاعدة سواء كان اقليمهم أو خارجه •

الثالث ، تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها، وطريقة حل التنازع الناشىء عن تعاقب القواعد القانونية فى الزمان •

فنعرض لكل من هذه الأمور فى فصل على حدة •

الفصل الأول

مدى سريان القاعدة القانونية في حق المخاطبين بأحكامها

١٧٧ — مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

اذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية التى أسلفنا الاشارة اليها ، فهى تسرى فى حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على كافة من تتوجه اليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف: « لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ؛ أى لا عذر بجهل القانون ، فلا يقبل من أى كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها فى حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح اذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباق القاعدة القانونية على أحد ، فهى تسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامها ، من علم بها ومن جهلها على السواء .

---

(١) راجع فى ذلك :

Dereux , Etude critique de l'dage « nul n'est censé ignorer la loi », Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 513 - 554. — Aubry et Rau, Cours de droit civil français, par Bartin, t. I, 6e éd., § 28. — Haesaert, op. cit., pp. 180 - 185. — Marty et Raynaud, op. cit. No. 97.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٣ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٢ و ١٠٣ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٨٧ و ٨٨ . — محمد على امام المرجع السابق ، فقرة ١٠٢ . — محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٥ — ٧٧ . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩ .

١٧٨ — اساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة على علم الأفراد به «١» . ولكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، اذ القرائن القانونيــة ــ كما سبق البيان ــ انما تقــوم على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه «٢» ؛ وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية ، بل الغــالب هو جهلهم بها . ولذلك لا يمكن اعتبار مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون قرينــة على العلم به .

ولعل قواعد العدل هى خير ما يــؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل الخــاص يتطلب المســاواة التامــة فى معاملة المخاطبين بأحكام القــواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم فى وجوب الخضوع لها ، أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من سيادة النظام والقانون فى المجتمع ، اذ لو أبيح الاعتذار بجهل القانون للافلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القــانون الا فى القليل النادر حيث يعلم الناس بأحكامه ، واذن لســادت الفوضى وضــاع الأمن وتقوض النظــام فى المجتمع . فضــلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونيــة فيه نفى لصفة الالزام عنها ، اذ يجعل مناط الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القــاعدة القانونيــة تتميز قبل كل شىء بما لها من الزام ذاتى ينبعث منها ومن وجودها هى لا من عامل خارجى عنها كالعلم بها «٣» . والواقع أن القاعدة القانونية ــ بما تقرر من الزام بمضمونها ــ تنطوى كذلك على معنى الالزام بالعلم بها من وقت نفاذها .

---

(١) المراجع العربية السابقة .
(٢) راجع سابقا ، فقرة ١١٠ .
(٣) قرب من ذلك :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 12. — Decottignies, L'erreur de droit, Revue Trimestrielle de droit civil, 50e année, 1951, p. 309.

١٧٩ — مـدى مبدا امتناع الاعتذار بجهل القـانون

اطـلاق هذا المبـدا بالنسبـة الى القواعد القـانونيـة على اختـلاف مصـادرهـا : سبق البيـان عند تفصيل القـول فى التشريع أن نشره فى الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهلها •

ولكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمى• فالقواعد العرفيـة والقواعد الدينية يمتنع الاعتذار بجهلها ، كمـا يمتنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعيـة سواء بسواء • بل لقد قلنا فى صدد الكلام عن العرف ان من بين نتائج تميزه عن العـادة ، أن العـادة يجـوز الاحتجاج بجهلها — لأنه لا الزام لها الا بارادة المتعاقدين ، وجهل أحدهما أو كليهمـا بها يمنع من وجـود هذه الارادة — بينما العرف — باعتباره قاعدة قانونيـة — لا يجـوز الاحتجـاج بجهلـه للافلات من الخضـوع لحكمـه «[١]» •

اطلاق هذا المبـدا بالنسبـة الى القواعـد الامرة والقـواعد المفسرة او المكملـة على السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الآمرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب دون القـواعد المفسرة أو المكملة «[٢]» • بل ان منهم من يقصر

---

(١) انظر سابقا ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ •

(٢) فى هذا المعنى :

Baudry - Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations, t. I, No. 69, p. 109. — Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 246. — Ploniol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, obligations, par Esmein, 2e éd., 1952, No. 181.

عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، فقرة ٣٧٣ ؛ الوسيط ، الجزء الأول ، فقرة ١٧٤ . — عبد الزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٣ . — حلمى بهجت بدوى ، اصـول الالتزامات ، الكتاب الاول فى نظريـة العقـد ، ١٩٤٣ ، فقرة ١٢٣ . محمـد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٦ .

العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظــام العــام والآداب ، كالقوانين الجنائيـــة خاصة «١» ؛ أما ما عداها من بقية القواعد

---

(١) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٨٨ .
وانظر كذلك فى هذا المعنى ما ورد فى المـذكرة الايضاحيـة للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجـديد من ان نطـاق قاعـدة افتراض عـدم الجهل بالقانون « لا يتناول الا القوانين المتعلقة بالنظـام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منهـا بالمسـائل الجنائيـة ... » (مجمـوعـة الأعمال التحضيرية للقـانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٥٩) .

وقد كان من نتيجـة الحـد من مبدأ امتناع الأعتذار بجهل القـانون على هذا النحو ، أن ذهب القضاء الجنائى الفرنسى الى أن الجهل بأحكام القـانون الجنائى هو وحده الذى لا ينهض عذرا للمتهم ، بينما الجهل بحكم قانون آخر غير القانون الجنائى ـ تكون العقوبة مؤسسة عليه ـ ينهض عذرا للمتهم فيرفع عنه المسئولية الجنائيـة . ولذلك قضى بعـدم عقاب من عثر على كنز فى أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه جاهلا حكم القانون الفرنسى من تمليكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر ، وأنه بذلك يكون مختلسـا نصيب هذا الأخير

(Donnedieu et Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., 1947, No. 139).

واذا كان الفقه (De Vabres, op. cit., p. 86. note (2) — السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٣٨٧) ينتقد بحق مبدأ هذه التفرقة بين القوانين الجنائية وغيرها فى قبول الاعتذار بجهل الثانية دون الأولى لأنه لا سند لها اذ القوانين جميعا سواء فى وجوب امتناع الاعتذار بجهلها ؛ الا انه ينبغى ان يراعى أن اكثر الجرائم الجنائية تتطلب قصدا جنائيا لارتكابها ، وقد يتخلف هذا القصد نتيجة جهل بحكم بعض القوانين الأخرى غير القانون الجنائى ، وحينئذ يمتنع العقاب وترتفع المسئوليـة الجنائيـة ، لا لأن الجهل ببعض القوانين عذر مقبـول ، ولكن لأن القصـد الجنائى ـ وهو ركن من اركان الجريمـة ـ منتف . فجريمـة السرقـة مثلا تتطلب قصـدا جنائيا معينا يقوم على علم الجانى بأنه يختلس مال غيره ، وفى المثل المتقـدم كان مثل هذا القصـد متخلفا نتيجة عدم العلم بملكية مالك الأرض نصف الكنز طبقـا لأحكام القـانون المـدنى الفرنسى ، ولذلك كان القضـاء الفرنسى على حق فيما قضى به من ارتفاع المسئوليـة الجنائيـة وامتناع العقـاب (انظر مع ذلك حكما عكسيـا فى مصر فى قضيـة مشابهة ، نقض ٣ يونيه ١٩١١ ، مشار اليه فى : السعيد مصطفى السعيد ، المـرجع السابق ، ص ٣٨٦) . ولكن من الواضح ان الجهل بأحكام قانون العقوبات نفسه ، لا يتخلف به القصـد =

الآمرة وكل القواعد المفسرة أو المكملة ، فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقـة ، اذ ما دامت القاعدة القانونيـة قاعدة ملزمة ، فلا ينبغى الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمهـا ، لأن الالزام بمضمونها ينطوى على معنى الالزام بالعلم بهذا المضمون كما سبقت الاشارة . وغنى عن البيـان أن صفة الالزام متوافرة للقـواعـد

= الجنائى او ركان من أركان الجريمة ، حتى يقال بامتناع العقاب كما فى الحالة السابقة ، « ذلك لان قانون العقوبات لايدخل فى أركان الجـريمـة حتى يلزم انصراف علم الجانى اليه ، وانما هو مصـدر الجريمـة أو خالقهـا ، والخالق لايكون عنصرا فى المخلوق » (محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، الطبعـة الثالثـة ، ١٩٥٥ ، ص ١٢٠) .

فالأمر اذن ليس امر تفريق بين القوانين الجنائيـة وغيرهـا من القوانين لقبول الأعتذار بجهل الثانيـة دون الأولى ، وانما هو امر توافر أو تخلف أركان الجريمة ؛ فحيث يتخلف ركن من اركانها ، ترتفع المسئولية الجنائيـة ويمتنع العقاب ، ولو كان هذا التخلف نتيجة الجهل بحكـم قانون آخر غير قـانـون العقوبات . فالجهل بحكم هذا القانون لا يؤخد اذن فى ذاته على أنه « غلط فى القانون » ، وانما يؤخـد فيما ولده من اعتقـاد خاطىء نأف للقصـد الجنائى فيكون غلطا فى الواقع وجهلا بواقعـة تعد ركنـا من أركان الجريمـة .

وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية ، حين قضت بأنه « متى كانت الواقعـة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين — حين كانوا يباشرون عقد النكاح وهو عمل مشروع بذاته — قرروا بسلامـة نيـة أمام المأذون وهو يثبته لهم عـدم وجود مانع من موانعه ، وكانوا فى الواقع يجهلون وجود ذلك المانع (لتحريم الجمع بين المراة وخالتها فى عصمة زوج واحد) ، فان جهلهم — والحالة هذه — لم يكن عدم علم بقانون العقوبات ، بل جهل بواقعـة حال هى ركن من أركان جريمة التـزوير المرفوعة بها الدعوى يرجع الى عدم علمهم بحكم من أحكـام قانون آخر غير قانون العقوبات وهو قانون الأحوال الشخصيـة ، فهـو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات ، مما يجب قانونا — فى صدد المساءلة الجنائية — اعتباره فى جملته جهلا بالواقع ومعاملـة المتهمين بمقتضـاه على هذا الاعتبـار » (نقض ١٠ مـايو ١٩٤٣ ، مجموعـة عمر الجنائية ، ج ٦ رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧) . =

الآمرة وللقواعد المفسرة أو المكملة على السواء ، فالعلم بها يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفريق •

فضلا عن أن القول باباحة الاعتذار بجهل القواعد المفسرة أو المكملة لايستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا فى حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، اذ قد يكون سكوتهما عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الأحكام ، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها فى حقهما • فلو قيل بامكان الاعتذار بجهل القواعد المفسرة أو المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لأنها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما فى عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الأساس • وحينئذ نوجد أمام فراغ ما وجدت القواعد المكملة الا لسده ، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المفسرة أو المكملة من ناحية أخرى •

« الغلط فى القانون » الذى يخول — بسبب عيب الرضا — حق ابطال العقد ، ليس استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » :

يذهب بعض الفقهاء ، الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ماوقع فيه أحد المتعاقدين من

= وهذا الحكم واجب التأييد (انظر مع ذلك فى انتقاده : السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٣٨٧) على اساس ما قدمناه من أن حقيقة الأمر أن الجهل هنا هو جهل بالواقع — رغم تولده من جهل بالقانون — وأن هذا الجهل ينفى وجود القصد الجنائى ، فلا تتوافر الجريمة لتخلف هذا القصد وهو ركن من أركانها . وقد كان الحكم المطعون فيه فى هذه القضية صريحا فى ذلك ، اذ قرر أنه حيث ان من الثابت « ان الزوجين ، اذ أقدما على الزواج ، لم يكونا عالمين تحريم الجمع بين المراة وابنة اختها شأنهما فى ذلك شأن شاهدى العقد ... وحيث انه وقد انتفى القصد الجنائى لما تقدم بيانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها » (مجموعة عمر الجنائية ، ج ٦ ، الموضع السابق) •

« غلط فى القانون » «(١)» ، اذ تنص المادة ١٢٢ من التقنين المدنى على أن « يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين «(٢)» ، هذا ما لم يقض القانون بغيره «(٣)» . فقد ظنوا أن فى اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط فى القانون ، خروجا على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول مثل هذا الاعتذار «(٤)» . فالوارث مثلا الذى يبيع حصته فى التركة

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 12e éd. 1935, No. 238.

محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦ ، ص ٤٦ .

(٢) تقضى المادة ١٢٠ بأنه « اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له ان يطلب ابطال العقد ، ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » . وتنص المادة ١٢١ على ما يأتى : « (١) يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . (٢) ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص : ا)اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

(٣) تنص المادة ٥٥٦ من التقنين المدنى على انه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » .

(٤) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج عله مبدأ «امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما اذا كان الجهل أو الغلط واردا على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام ، فيمكن الاحتجاج به والتمسك به لطلب ابطال العقد الذى أبرم نتيجة هذا الغلط (انظر :

Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109 — Demogue, op. cit. t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد ، فقرة ٣٧٣ ؛ الوسيط ، الجزء الأول ، فقرة ١٧٤ ، ص ٣٠٦ و ٣٠٧ . ـ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٦) .

ولكن الأمثلة التى تضرب فى هذا الصدد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط فى القانون ، يرد الغلط فى اغلبها على قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام =

على اعتقاد أنها الربع فى حين أن له نصف التركة طبقا لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع للغلط الذى شاب ارادته فى قدر الشىء المباع . والرجل الذى يهب مطلقته مالا ظانا أنه استردها لعصمته فعادت زوجة له ، وهو يجهل بذلك أن الطلاق الرجعى قد أصبح بائنا بانتهاء مدة العدة فلا ترجع الى عصمته الا بعقد زواج جديد ، يكون له طلب ابطال الهبة على أساس الغلط الذى وقع فيه بشأن صفة جوهرية جديدة فى شخص الموهوب لها .

والواقع أن هذه الظن خاطىء ، فليس فى ابطال العقد لغلط فى القانون أى استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » أو خروج عليه .

ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » انما يعنى أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفريق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها فى حقه بحجة جهله بأحكامها «[١]» .

وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور

= (انظر فى هذه الأمثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, p. 406 . — عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٤) .

وأمام هذا التناقض حاول بعض الفقهاء دفعه عن طريق الحد من فكرة النظام العام فى هذا المجال ، بالقول بأن فكرة « النظام العام التى تقضى برفض الاعتذار بجهل القانون ، فكرة ضيقة جدا حتى تكاد أن لا تشتمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التى تنظم السلطات العامة والقوانين التى تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الاجراءات أو استعمال بعض الحقوق » (سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٨٨ ، ص ١١٨) . وهذا الحد من فكرة النظام العام فى هذا المجال مع استعصاء وضع معيار دقيق منضبط له كما هو ظاهر من هذا القول ، يكشف عن عدم احكام الرأى القائل بالتفرقة بين القواعد القانونية من حيث مدى قبول الاعتذار بجهلها، ويؤكد ما سبق أن قلناه من ان مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون» مبدأ عام ينصرف الى القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة على السواء .

(١) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol, t. II, 2e éd., 1947, No. 206.

اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونيــة معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه . ومن هنا ، لايكون فى اعطاء المتعاقد الواقع فى غلط فى القانون حق طلب ابطال العقــد الذى اندفع الى ابرامــه تحت تأثير الغلط ، أى استثنــاء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » الا اذا كان فى هذا الابطال منع لسريان القاعدة القانونيــة الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقد الواقع فى الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك فى الأمثلــة التى يضربونهــا .

فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصــة التى تفرضهــا له ، ثم يطلب ابطال عقد البيع الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الابطال الى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القــواعد تعتبر سارية فى حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر الى تمكينــه من ابطال بيع حصتــه الذى اندفع اليه على اعتقــاد أنهــا الربع فقط .

والرجل الذى يهب مطلقته مالا ظانا أنها عادت الى عصمتــه زوجة له غلطا منه فى أحكام الطلاق ، ثم يطلب ابطال الهبة بعد اكتشــاف الغلط ، لا ينجو بهذا الابطال من سريان قواعد الطلاق فى حقه ، فهى ملزمة له رغم جهله بها ، مما يظل الطلاق معه قائما وبائنا بحيث لا يملك استرداد مطلقته الى عصمته الا بعقد جديد . ولولا أن هذه القواعد تظل سارية فى حقــه فلا تعتبر مطلقتــه عادت زوجــة له ، لما كانت هناك حكمة من اعطائه حق طلب ابطال الهبة التى اندفع اليهــا تحت تأثير ظنــه الخــاطىء أنها تنصرف الى زوجته لا الى مطلقته .

وما دام تمكين المتعاقد من حق ابطال العقــد فى مثل هذه الفروض لا يحمل أى خروج على مبدأ « امتنــاع الاعتذار بجهل القــانــون » مفهوما على وجهه الصحيح ، فان هذا الابطال هو المتفق — فضلا عن ذلك —

مع ما يجب لصحة العقود من تنزه الرضا فيهـا عن العيـوب ومن بينهـا عيب الغلط . فالأمر اذن هو أمر سلامة الرضـا وصحته ، لا أمر منع تطبيق قاعدة قانونيـة بحجة ألجهل بأحكامهـا .

استثناء وحيد من مبـدا « امتناع الاعتذار بجهل القانون » : يخلص مما تقدم أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » مبدأ مطلق ، يصدق ــ فيما نرى ــ فى حق القواعد القانونية على اختلاف مصادرها الرسمية ، وعلى تفاوت مدى سلطان ارادة الأفراد ازاءها أى سواء كانت آمرة أو كانت مفسرة أو مكملـة ؛ ولا يعتبر ابطال العقد لغلط فى القانون استثناء من هذا المبدأ .

ولا يرد على هذا المبدأ من استثناءات الا استثناء حقيقى واحد ، اذ يقرر جمهـور الفقهـاء جواز الاعتذار بجهل القـانون فى حـال قيام قوة قاهرة ــ كفيضان أو احتلال أجنبى ــ تعزل بعض المناطق فى الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية اليها . وأيا كان الرأى فى هذا الاستثناء وتبريره ، فهو من ناحيـة نادرة التحقق اليوم ، وهو من ناحيـة أخرى قاصر على القواعد التشريعيـة اذ هى وحدها التى تنشر فى الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .

الفصل الثانى

مدى سريان القاعدة القانونية فى المكان

١٨٠ – مشكلة السريان المكانى

اذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه الى جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، فلا يمتنع سريانها فى حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكانى لهذا السريان .

وتحديد المدى المكانى لسريان القاعدة القانونية لا يثير أى صعاب فى نطاق جماعة منعزلة لا يوجد فى اقليمها الا المنتمون اليها دون الأجانب ، ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الأجانب ؛ اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده فى حدود اقليمها دون أن ينازعه فى السريان أى قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضا وهميا يكاد يستحيل تحققه فى العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الأفراد من مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الأجانب فى اقليم كل دولة . فحينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى فى كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان فى حق الوطنيين والأجانب المقيمين فى هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الأجانب الذين يظلون خاضعين لقوانين دولهم ؟ . وكذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى فى حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتبعهم فى أى مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وانما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدأين : مبدأ الاقليميـــة حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيهـا دون نظر الى جنسية الأشخاص المقيمين فيـه ، ومبـدأ الشخصية حيث يتحدد سريان القانون بجنسيـــة الأشخاص التابعين للدولة النافذ فيهـا دون نظر الى مكان وجودهم هل هو داخل اقليم الدولة أو خارجه .

١٨١ ــ مبدا الاقليمية ومبدا الشخصية فى سريان القاعدة القانونية (١) :

قلنـا ان سريان القاعدة القانونيــة اما سريان اقليمى واما سريان شخصى . أما **السريان الاقليمى للقاعدة القانونية** وهو ما يعبر عنه بمبـدأ اقليميــة القـانـون (Térritorialité de la loi) ، فيقصد به من ناحية سريان القـاعدة القانونيـة على كل ما يقع داخل حـدود الاقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به من ناحية أخرى عدم سريانها على كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم . فاذا قلنا مثلا ان القـانون المصرى اقليمى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه هو وحده الذى يسرى على كل ما يقع فى أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها ، مصريين كانوا أو أجانب؛ وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الأشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين .

وأما **السريان الشخصى للقاعدة القانونية** ، وهو ما يعبر عنـه بمبدأ شخصية القانون (Personnalité de la loi) ، فيعنى سريان القاعدة القانونية فى دولة معينة على الأشخاص التابعين لها ، حتى ولو كانوا خارج حدود

(١) انظر فى ذلك :

Battiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1948, No. 9 et s.

حامد زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٩ وما بعدها . ــ محمد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٣١٢ وما بعدها . ــ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المـرجـع الســابق ، فقـرة ٢٠١ وما بعـدهـا . ــ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١١ وما بعدها . ــ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٠ وما بعدها . ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٤ وما بعدها .

اقليمها . وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين فى اقليمها . فاذا قلنا مثلا ان القانون المصرى شخصى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين فى مصر .

والواقع أن مبدأ اقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة فى اقليمها ، مما يعد معه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع فى اقليمها هى ، اعتداء على سيادتها . وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها من رابطة لا تتقيد أو تتحدد بمكان معين .

وقد تفاوت منذ القدم الأخذ بكل من مبدأى الاقليمية والشخصية فى تطبيق القانون . فكان مبدأ التطبيق الاقليمى هو السائد عند الرومان ، اذ كان القانون الرومانى يطبق داخل الامبراطورية الرومانية ، وان لم تكن اقليميته كاملة لأنه لم يكن بالقانون الموحد ، بل كان قسمين : قسم يسرى على الرومان وقسم يسرى على الأجانب . وكذلك كان فقهاء الشريعة الاسلامية يجرون على مبدأ اقليمية سريانها ، بنصهم على أن أحكامها تتوجه الى جميع القاطنين فى دار الاسلام : مسلمين وغير مسلمين ، وذلك فى غير مسائل العبادات ، أى فى كل مسائل « المعاملات » التى كان ينصرف اصطلاحها عندهم الى الأحوال العينية والأحوال الشخصية على السواء [1] .

ثم تحول الأمر الى التطبيق الشخصى للقانون عندما غزا البربر الامبراطورية الرومانية ، فأصبح كل شخص يخضع لقانونه الخاص . وكان طبيعيا فى العصور الوسطى — والنظام الاقطاعى سائد ، والأرض هى أساس سيادة أمراء الاقطاع — أن يعود تطبيق القانون اقليميا . ثم

(١) حسن بغدادى ، المقالة السابقة ، ص ٦٤٤ — ٦٤٦ .

أدى انتشار التجارة الدولية ونمو العلاقات بين مختلف الدول والجماعات ، الى الخروج على مبدأ اقليمية القانون فى بعض الحالات ، فأصبحت القاعدة هى اقليمية القانون ، والاستثناء هو شخصيته . ولكن وجدت فى منتصف القرن الماضى نظرية ايطاليـة تعكس الوضع فى تطبيق القـانون ، فتجعل القاعدة هى شخصيته ، والاستثناء هو اقليميته . وعلى أى حال فالفرق العملى بين الوضعين ليس كبيرا .

١٨٢ ـ مدى السريان المكانى للقـانون المصرى

يطبق القانون المصرى فى الأصل تطبيقا اقليميا ؛ ولكن هذا الأصل ليس مطلقا ، اذ تحد منه بعض استثناءات معينة .

اولا ـ مبـدا اقليمية القـانون المصرى :

المبدأ العـام اليوم هو اقليمية تطبيق القانون المصرى استنادا الى ما للدولة المصرية من سيادة على اقليمها . فالأصل اذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين فى مصر دون اعتبار لاختلاف جنسياتهم ، وعدم تطبيقهـا خارج مصر ولو على المصريين .

ورغم ذلك فلم يتح للقانون المصرى أن يطبق دائما تطبيقا اقليميـا كاملا ، اذ التطبيق الاقليمى الكامل يقتضى وحدة القانون المصرى المطبق داخل حدود مصر ، ووحدة الهيئة القضائية التى تطبق هذا القانون . وقد كانت هذه الوحدة فى القانون وفى الهيئة القضائية مهدرة بين المصريين والأجانب بسبب وجود الامتيازات الأجنبيـة التى لم تلغ الا سنة ١٩٤٩ . وما زالت هذه الوحـدة مهـدرة بين المصريين أنفسهم بسبب وجـود الامتيازات الطائفيـة ، وما تستتبع من خضـوع كل مصرى ـ فى بعض مسـائل الأحوال الشخصيـة ـ لقـانون ملته ودينه .

الامتيـازات الاجنبيـة : كانت الامتيازات الأجنبية تحد من تطبيق القانون المصرى داخل حدود مصر ، اذ كان الأجانب حتى أوائل الربع الأخير من القرن المـاضى يخضعون فى مصر لقوانين بلادهم ولاختصـاص محاكمهم

القنصلية ، فكان القانون المصرى ــ وهو حينئذ الشريعــة الاسلامية ــ مطبقا على المصريين وحدهم ، أى كان تطبيقه تطبيقا شخصيا • ثم أنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ــ وهى محاكم مصرية ــ ووضعت لها تقنينات عدة عرفت باسم التقنينات المختلطة لتطبيقها على الأجانب ، وهى تقنينات مصرية كذلك • فأصبح القانون المصرى هو السائد وحده داخل حدود مصر بالنسبــة للمصريين والأجانب جميعــا ، أى أصبح القانون المصرى مطبقــا تطبيقا اقليميا • غير أن هذا التطبيق الاقليمى لم يكن كاملا ، اذ رغم أن القانون المصرى أى القانون المستند الى السيادة المصرية كان يطبق على الجميع فى أرض مصر ، الا أنه لم يكن متوحدا ، بل كان منشطرا شطرين : شطر يحكم المصريين ، وشطر يحكم الأجانب • وكذلك كانت الحال بالنسبة الى القضاء ، فلئن كان القضاء كله مصريا أى مستندا الى السيادة المصرية ، يصدر أحكامه باسمها ، الا أنه لم يكن كذلك متوحدا، اذ وجدت هيئتان قضائيتان مستقلتان تحكم كل منها باسم مصر ، احداها لها الولاية على المصريين فى منازعاتهم وهى المحاكم الأهلية ، والأخرى لها الولاية على الأجانب وهى المحاكم المختلطــة •

ثم كان أن نهضت مصر فمهدت لالغاء الامتيازات الأجنبيــة باتفاقية « منترو » التى عقدتها مع الدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ • فلمــا انقضت فترة الانتقــال المنصــوص عليها فى هذه الاتفاقيــة ، ابتدأ منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ عهد جديد زال فيه كل أثر للامتيازات الأجنبية ، فتوحد القانون المصرى والهيئة القضائيــة المصرية بالنسبة لكل المقيمين فى مصر ، مصريين أو أجانب • وبذلك أصبح القانون المصرى مطبقا تطبيقا اقليميا كاملا من هذه الناحيــة •

الامتيــازات الطــائفيــة : ما زالت الامتيازات الطائفية الممنوحة الى غير المسلمين فى بعض مسائل أحوالهم الشخصية تقف عقبة فى سبيل تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا كاملا على المصريين أنفسهم •

والواقع من الأمر أن الشريعة الاسلامية ـ وهى الشريعة ذات الولاية العامة فى مصر منذ الفتح الاسلامى حتى أواخر القرن الماضى ـ كانت شريعة اقليمية التطبيق فى نظر فقهائها كما سبق البيان «١» ، أى كانت تنصرف أحكامها الى الموجودين فى دار الاسلام ، مسلمين وغير مسلمين . غير أن بعض فقهاء المذاهب الفقهية الاسلامية وعلى الأخص فقهاء المذهب الحنفى ، قد جروا ـ تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين ـ على اخراج بعض النظم والروابط القانونية من نطاق المعاملات والحاقها فى الحكم بالعبادات ، نظرا الى مالها من اتصال وثيق بالعبادة والعقيدة «٢» ، ومن هنا كان اعفاء غير المسلمين من الخضوع لأحكام الشريعة الاسلامية فى شأن الزواج وفى شأن تقوم الخمر والخنزير ، فقد أبيح لهم ـ بشرط اتحاد الملة والدين بين الخصوم ـ الرجوع فى ذلك الى شرائعهم الدينية . غير أن هذا الرجوع لم يكن رجوع الزام وانما كان مجرد رجوع تحكيم . فكان الخصوم ذوو الملة الواحدة من غير المسلمين يعفون من الخضوع لأحكام الشريعة الاسلامية ـ فى الحدود المذكورة ـ اذا تراضوا على الخضوع لشريعتهم الملية واحتكموا فى اعمال حكمها الى بعض أفراد ملتهم «٣» .

وظل الحال كذلك الى أن استولى محمد الفاتح على القسطنطينية ، فأقر المجالس الدينية أو الملية التى كانت موجودة فى الدولة البيزنطية على ما كان لها من اختصاص النظر فى بعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بأبناء الملة التابعة لها . ثم عمم هذا الامتياز وبسط على كل الطوائف غير الاسلامية المنتشرة فى أرجاء الامبراطورية العثمانية ومن بينها مصر ، بمقتضى « الخط الهمايونى » الصادر من الباب العالى سنة ١٨٥٦ . وبذلك

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٣٨٨

(٢) Hassan Boghdadi, thèse précitée, p. 87

(٣) حسن بغدادى ، المقالة السابقة ، ص ٦٤٦ ـ ٦٤٨ .

ثبت نظام الامتيازات الطائفية الذى يقوم على تمكين غير المسلمين من الخضوع لشرائعهم الدينية فى بعض مسائل الأحوال الشخصية »[1] .

فأصبحت للشرائع الدينية غير الاسلامية اذن ولاية على المسلمين بمقتضى هذا النظام ؛ وولايتها فى هذا الشأن متفاوتة : فهى قد انتهت — كما سبق البيان — الى أن تكون ولاية ملزمة فى المسائل التى ترتبط أوثق الارتباط بالعقيدة أى فى المسائل المذهبية أو الروحية وهى مسائل الزواج وما يتفرع عليه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق ، وهى مجرد ولاية تحكيمية تتوقف على قبول الخصوم أنفسهم لها وتراضيهم عليها فى مسائل الأحوال الشخصية التى لا تعد بحسب طبيعتها من المسائل الروحية المتصلة بالعقيدة وهى مسائل الارث والوصية .

وبعد صدور التقنينات المصرية الأولى فى أوائل الربع الأخير من القرن الماضى ، لم تعد الشريعة الاسلامية هى الشريعة ذات الولاية العامة فى كل المسائل ، بل انحصر الزامها واقتصرت ولايتها العامة على نطاق محدود هو نطاق الأحوال الشخصية وظل نظام الامتيازات الطائفية قائما يعطى للشرائع الدينية الأخرى ولاية استثنائية على غير المسلمين فى بعض مسائل الأحوال الشخصية كما سبق البيان . وبذلك انتهى الأمر الى تعدد القانون المطبق فى هذه المسائل على المصريين بتعدد مللهم ودياناتهم . فالمسلمون يخضعون بشأنها للشريعة الاسلامية ، والمسيحيون للشريعة المسيحية أو القانون الكنسى ، واليهود للشريعة الموسوية .

وكان لا مناص لمقابلة هذا التعدد فى القانون المطبق ، من تعدد فى جهات القضاء المختصة بالنظر فى هذه المسائل : فالمحاكم الشرعية هى المحاكم ذات الاختصاص العام بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية ، أى يثبت لها الاختصاص بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين بالنظر فى كل هذه المسائل ، الا ما يستثنى فيجعل الاختصاص بنظره الى المجالس الملية

---

(1) H. Boghdadi, thèse précitée, pp. 140, 141

والمحاكم أو المجالس الملية المختلفة ، هى صاحبة الاختصاص بالنظر فى بعض مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين على التفصيل الذى سبق بيانه ، كل منها بالنسبة الى الخصوم المتحدين فى الملة التابعة لها .

وهذا التعدد فى القانون المطبق وفى جهات القضاء المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية ، كان تعددا معيبا لأنه ينتقص من الاقليمية الكاملة لتطبيق القانون المصرى بالنسبة الى المصريين . وكان من الواجب ـ وقد انتهى الأمر الى تحقيق اقليمية القانون المصرى الكاملة بالنسبة الى الأجانب ـ المبادرة الى تحقيق هذه الاقليمية التحقيق الكامل بالنسبة الى المصريين كذلك ، فيطبق عليهم جميعا قانون واحد فى مسائل الأحوال الشخصية دون اعتبار لاختلاف الملة أو الدين ، ويخضعون بشأنها لاختصاص هيئة قضائية واحدة هى المحاكم العادية ، بحيث يصبح الفصل فى هذه المسائل من اختصاص دائرة من دوائر هذه المحاكم .

واذا كان المشرع المصرى قد انتهى أخيرا الى السير فى طريق تحقيق الاقليمية الكاملة للقانون المصرى ، بما أقدم عليه من الغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية وتوحيد الاختصاص القضائى بذلك ـ فى مسائل الأحوال الشخصية ـ بالنسبة الى المصريين على اختلاف أديانهم ومللهم ؛ فأكبر الظن أنه منته حتما الى بلوغ نهاية الشوط فى هذا الطريق عن قريب ، حينما يحزم أمره على توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين . وليس أمر مثل هذا التوحيد بجديد على المشرع المصرى ، فله خطوات سابقة فى هذا السبيل لا يبقى عليه الا استكمالها .

فقد وحدت قواعد الأهلية والولاية على المال منذ وقت غير قصير بحيث أصبحت التشريعات الصادرة فى شأنها تطبق على المصريين جميعا على اختلاف دياناتهم ومللهم . وكذلك اعتبرت الهبة من مسائل الأحوال العينية ، بعد أن كان التقليد جاريا على اعتبارها من مسائل الأحوال

الشخصية ، ووحدت أحكامها فى التقنين المدنى الجديد ، فصار سريانهــا عاما ينتظم كل المصريين دون اعتبار لاختلاف الدين .

وقد صدر فى السنوات الأخيرة تشريعان خاصان بالميراث والوصيــة ، وأحكامهما كقاعدة عامة تتوجه الى المسلمين وغير المسلمين، غير أنه ظل لغير المسلمين الحق فى تحكيم شرائعهم المليــة فى شــأن ما يقوم بينهم من منازعات متعلقــة بالميراث والوصية بشرط اتفاق من يعتبرون ورثة فى نظر الشريعة الاسلامية على هذا التحكيم ، فوق الشرط الأصلى وهو اتحاد ملة الخصوم . ولما كان من النادر اتفاق من يرثون طبقا للشريعة الاسلامية على تحكيم المجالس الملية ، فقد يكون من المنطق ومواجهة الواقع جعل القانون فى مسائل الميراث والوصية اجباريا وواحدا للجميع ، بحيث لا يكون لأحد خيار فى تحكيم شريعته الدينية أو الملية فى شأنها .

ولا يبقى بعد ذلك الا مســائل الزواج والطــلاق وما يتفرع عليها . وليس بعزيز على المشرع المصرى أن يوحد بشــأنهــا القانون بالنسبة الى المصريين جميعــا ، وأن يجمع فى نهاية الأمر كل قواعد الأحوال الشخصية المــوحدة فى موطنهــا الطبيعى حتى يصبح التقنين المدنى المصرى ـ ككل التقنينــات المدنيــة الحديثة ـ ضاما بين دفتيه أحكام الأحوال الشخصية الى جنب أحكام الأحوال العينية ، كما أصبحت المحاكم العاديــة هى صاحبة الولاية على كل المصريين دون تفريق بين مسائل الأحوال الشخصية وبين غيرها من المسائل . فبتحقيق وحدة القانون فى كل أنواع العلاقات القانونية بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية ـ بعد تحقيق وحدة الجهة القضائية ـ تتحقق الوحدة الوطنية فى أسمى مظاهرها.

وأيا ما كان الأمر ، فان المبدأ العام هو تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا ، بحيث يسرى داخل مصر على كل ما يقع فيها من مصريين وأجانب ولا يسرى حتى على المصريين خارج مصر . ولكن هذا المبدأ ليس مطلقا ، اذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق القانون المصرى داخل مصر

أو تمد من تطبيقه الى خارج مصر ، وهو ما نعرض لبيانه فيما يلى :

ثانيــا ــ احــوال الخروج الاستثنائى على مبدأ الاقليمية :

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، هو ذلك الناشىء عن اعمال قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أو قواعد الاسناد المصرية . فهذه القواعد ــ كما سبق البيان ــ تعين القانون الواجب التطبيق فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى . وهى قد تعين قانونا أجنبيا ــ دون القانون المصرى ــ فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الأجنبى حينئــذ خروجا على قاعدة اقليمية القانون المصرى . فمثلا تنص المادة ١٧ من التقنين المدنى المصرى على أن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث ؛ فاذا تــوفى فرنسى فى مصر ، فالقــانون الذى يطبق بشأن تركته هو القــانون الفرنسى استثناء من مبدأ الاقليمية الذى كان يوجب تطبيق القانون المصرى . وكذلك يترتب على اعتبار قانون كل من الزوجين هو القانون الواجب التطبيق بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج ــ كما تنص المــادة ١٢ من التقنين المدنى المصرى ــ تطبيق القانون الأمريكى مثلا دون القانون المصرى اذا نشأ نزاع بين أمريكيين مقيمين فى مصر بشــأن صحــة زواجهمــا .

ومن ناحيــة أخرى ، فقــد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصرى ــ استثناء من مبدأ اقليميته ــ على ما يقع خارج مصر . فطبقا لقاعدتى الاسناد السابقتين ، يطبق القانون المصرى على تركة المصرى الذى يتوفى ويترك أموالا فى الخارج ، وعلى الزواج الذى يتم بين مصريين فى الخارج من حيث الشروط الموضوعية لصحته .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصرى استثناء ثان خاص ببعض الامتيازات والحقوق العامة أو السياسية ، كحق التوظف فى الوظائف العامة ، وحق الانتخاب ، وحق الترشيح للهيئــات النيابيــة ؛ وببعض الواجبات والالتزامات الوطنيــة كواجب الخدمــة العسكرية . فمثل هذه

الحقوق والواجبات ـ وهى خاصة بالانتماء الى الوطن ـ لا يتصور أن تسرى القواعد القانونيـة المقـررة لهـا الا فى حق الوطنيين أى المصريين وحدهم دون الأجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقـا اقليميا .

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القـانون المصرى ، فهو الخـاص بالعقـاب على بعض الجرائم التى ترتكب أو تقع خـارج مصر «[1]» . فلئن كانت القاعدة هى اقليمية قانون العقوبات المصرى ـ كما هى الحال فى أغلب الدول ـ الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة فى بعض الحالات : فقد تكون مصر أولى من غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التى ترتكب من أشخاص موجودين فى الخارج ـ مصريين أو أجانب ـ اذا كانت هذه الجرائم قد وقعت كلها أو بعضها فى أرضها (م ٢/ أولا عقوبات) . وقد يستلزم الدفاع عن كيان الدولـة المصرية اعطاءها حق العقاب على ما يرتكب فى الخارج من جرائم تخل بأمنها، أو بالثقة فى أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقـة فى نقدها عن طريق تزييفـه (م ٢/ ثانيا عقـوبات) . وكذلك فقـد تقضى الضرورة ـ والدولة المصريـة كأغلب الدول لا تسلم رعاياها ـ بقيامها بالعقاب طبقا لما يقضى به قانون العقوبات المصرى على ما يرتكبه رعاياها فى الخارج من جرائم اذا عادوا الى مصر تهربا من العقاب ، حتى لا تكون هذه العـودة منجاة لهم منه (م ٣ عقوبات) .

ولكن « لا تقـام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل فى الخارج الا من النيابة العمومية ، ولا تجوز اقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبيـة برأته مما أسند اليه أو أنها حكمت عليه نهائيا واستوفى عقوبته » (م ٤ عقوبات) .

---

(١) انظر : محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد ، المرجع السـابق، ص ١٩٢ وما بعـدهـا .

الفصل الثالث
مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان

١٨٣ — تقسيم

يثير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان مسألة انهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بالغاء القاعدة القانونية . فاذا ألغيت قاعدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الأوضاع والآثار القانونية التى ابتدأت فى ظل القاعدة القديمة ومازالت مستمرة فى ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين فى الزمان ؟

على هذا النحو نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :
المبحث الأول — فى الغاء القاعدة القانونية .
المبحث الثانى — فى التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان .

المبحث الاول
إلغاء القاعـدة القانونية

١٨٤ ـ تمهيـد

يقصد بالغـاء القاعدة القانونية «١» انهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء . والأصل أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهى تظل سارية معمولا بها حتى يحصل الغاؤها قانونا . ويترتب على الغاء القاعدة القانونية اما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها ، واما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

---

(١) تجب التفرقة بين الالغاء (L'abrogation) وبين البطـلان أو الأبطال (L'annulation) ؛ فهما وان كانا وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، الا انهما مختلفـان فى السبب وفى الآثار على السـواء . ذلك أن الالغـاء انما يرد على قاعدة قانونية مستكملة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لانكار قيامها من قبل أو الطعن فى صحتهـا ، ولكن لانهـاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة اليها من بعد أو لاستبدال قاعدة اخرى بها تكون أكثر ملاءمة ؛ ولذلك لا يبتدىء أثر الالغاء الا منذ حصوله فلا يكون له أثر على ما تم من تنفيذ القـاعـدة القانونيـة قبله . أما البطلان أو الابطـال ، فلا يتـاتى الا نتيجة انتفاء ركن أو شرط جوهرى من أركان القاعدة القانونية أو شرائطهـا بحيث تعتبر منعدمـة وكأن لم تكن ؛ ومن هنا ، كان الأصل ان لبطلان القاعدة القانونية أو ابطالهـا أثرا رجعيـا . ولذلك يقرر الدستـور الجـديد أن تشريعـات الضرورة التى يصدرهـا رئيس الجمهوريـة « يزول ، بأثر رجعى ، ما كان لهـا من قـوة القـانـون بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك » اذا لم تعرض على مجلس الأمـة خلال خمسة عشر يوما من تاريخها اذا كان المجلس قائما أو فى أول اجتماع له فى حالة الحل (م ١٣٥) . ويقرر كذلك مثل هذا الأثر الرجعى فى حالة عرضها على مجلس الأمة وعدم اقراره اياها ؛ وان كان قد حد من صرامة هذا الحكم فى هذه الحالة ، بأن جعل للمجلس الحق ـ اذا اراد ـ فى اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر (م ١٣٥) .

والغـاء القاعدة القانونيـة اما الغاء صريح واما الغاء ضمنى . وقد تعرضت المـادة الثانية من التقنين المدنى الجديد لنوعى الالغـاء بصـدد القواعد التشريعية بقولهـا « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هـذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعـارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

ولكن الالغاء لا يصدق فى حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق فى حق القواعد القانونية جميعا أيا كان مصـدرها . وقد عرفت الشريعـة الاسلامية خاصة نظرية الالغاء فى شأن قواعدها وأحكامها — وهى المعروفة عند الشرعيين بنظرية «النسخ» «[1]» — وأسستها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » ؛ ولكن هذا النسخ قد وقف منذ انقضاء الوحى وانقطاع السنة بوفاة الرسول عليه السلام .

فنعرض اذن فيما يلى للالغاء الصريح ثم للالغاء الضمنى .

١٨٥ — الالغـاء الصريـح

يتحقق الالغـاء الصريح (L'abrogation expresse) بصـدور قاعدة قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة قديمة . ومثله المـادة الأولى من القانون الخاص باصدار التقنين المدنى الجديد التى تنص على أن « يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنيـة والصـادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطـة والصادر

---

(١) انظر فى نظرية النسخ فقهاء الأصـول وخاصـة :
ابو اسحق الشاطبى ، الموافقات فى أصول الشريعـة ، شرح الأستـاذ عبد الله دراز ، ج ٣ ، ص ١٠٢ — ١١٨ .
وانظر كذلك : محمد الخضرى ، أصول الفقـه ، الطبعـة الثـانيـة ، ١٩٣٣ ، ص ٣١١ — ٣٣٦ . — عمر عبد الله ، سلم الوصـول لعلم الأصول ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ — ٢٥٦ .

فى ٢٨ يوليــه سنة ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقــانون المــدنى المرافق لهذا القــانــون » •

وقد يتحقق الالغاء الصريح كذلك بفوات المدة المعينة لسريان القاعدة القانونية ؛ فقد تدعو ظروف وأحوال خاصــة الى توقيت سريان القاعدة القانونية بمدة أو فترة معينــة ، فاذا انقضت هذه المــدة أو تلك الفترة اعتبرت القاعدة القانونية ملغــاة وبطل العمل بها • ومن أمثلة ذلك ما نص عليه فى قانون أجور المســاكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يوليه سنة ١٩٢٢ •

١٨٦ ــ الالغــاء الضمنى (١)

يقصد بالالغــاء الضمنى (L'abrogation tacite) ذلك الالغاء الذى لا يوجد تصريح به ، وانما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة • وقد سبق أن أشرنا الى نص المــادة الثانية من التقنين المدنى الجديد وهى تتضمن صورتين للالغــاء الضمنى : صورة التعارض بين القديم والجــديد ، وصورة تنظيم نفس الموضــوع من جــديد •

---

(١) قد تثور مشكلــة دقيقة فى صــدد بعض القوانين التى ــ تحيل فى سبيل تحديد شروط تطبيقها وآثارها واجراءاتها ــ الى نصوص موجــودة فى قوانين اخرى ، اذا حدث والغيت مثل هذه النصوص . فهل يستتبع الغــاء هذه النصوص الغاء القوانين المحلية (Lois référentielles) الغاء ضمينا بالتسلسل (par ricochet) ؟ . يبدو أن احالة بعض القوانين الى نصوص قوانين أخرى وتأسيس قواعدها عليها ، يجعل هذه النصوص فى الواقع من صلبها ، فكأنها موجودة فيها هى ــ بالقدر المحال به اليها ــ لا فى قوانينها الأصلية . ولذلك يجب فى الأصل ان لا يستتبع الغاؤها فى قوانينها الأصلية اعتبارها ملغــاة كذلك فى القــوانين التى تحيل اليهــا ، بل تظل موجودة فيها بالاحالة وكأنها =

١ — التعارض بين القديم والجديد :

تتحقق الصورة الأولى من صور الالغاء الضمنى بقيام تعارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونية حديثة ، اذ يفهم ضمنا — وتطبيقها معا مستحيل — أن الأحدث منها قد نسخ وألغى الأقدم . وبديهى أن الالغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون الا فى حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فاذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا كله نسخا ضمنياً بالقانون الحديث ان كان التعارض بين أحكامهما تاما وكلياً ؛ أما ان كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الالغاء الضمنى منطقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

واذا كان النسخ أو الالغاء الضمنى مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة ، فذلك رهن بكون ما تضعه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة فى الزمان من أحكام ذات صفة واحدة بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . ولكن القواعد القانونية لا تتضمن دائما نفس النوع من الأحكام حتى يصدق القول بصفة مطلقة — عند تعارضها — بالغاء قديمها للحديث ، فهى قد تضع أحكاما عامة أو أحكاما خاصة . فهل يملك الخاص الغاء العام ؟ أو يملك العام الغاء الخاص ؟ .

= ثابتة فيها بالعبارة . ولكن اذا استحال الاستمرار فى اعتبارها قائمة فى نطاق القوانين التى تحيل اليها ، بأن كانت هذه النصوص تنشىء مثلا مرفقا او محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر الغاؤها ، فلا مناص من انسحاب الالغاء بالتالى على هذه القوانين لاستحالة تطبيقها حينئذ (انظر : Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, pp. 170, 171) ؛ أو يجب ان يواجه المشرع الأمر ، فيعدل الاحالة بجعلها الى المرفق او المحكمة الجديدة ان وجدت ، او الى مرفق او محكمة اخرى من المرافق او المحاكم الأصلية القائمة ، لامكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحلية .

(ا) التعـارض بين حكم قـديم عـام وحكم حديث خـاص : اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثـة تأتى بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعـارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد الخاص قد نسخ (أو عطل) ضمنيا الحكم القديم العـام فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط «[1]» • ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيمـا جـاء الحكم الجديد بتخصيصـه ، وبذلك يحد الحكم الجديد الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة •

ومن أمثلة ذلك أن التقنين المـدنى القديم كان يقضى بأن الملكيـة تنتقل بالتراضى فى الأموال منقولة كانت أو عقاريـة • ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ثم قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ ، وقضى بأن الملكيـة فى العقار لا تنتقل الا بالتسجيل • فوجد بذلك تعـارض بين حكم التقنين المدنى القديم وهو حكم عام لا نصرافه الى الأشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقـار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى وهو حكم خـاص لعـدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول • غير أن هذا التعـارض لم يكن له من أثر الا الغاء الحكم العـام الوارد فى التقنين القديم الغـاء ضمنيا فى شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه فى شـأن المنقول • وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضى بانتقال الملكيـة بمجرد التراضى قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل — ومن بعـده قانون الشهر العقـارى —

---

(١) فى هذا المعنى •

Josserand, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 170.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٤ ، ص ١٣٢ •

بتخصيصه منه واخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته .

(٢) التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام · اما اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل يظل الحكم القديم الخاص قائماً وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام »(١) . فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص كمجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه »(٢) .

ومن أمثلة ذلك أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « .. اذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » . ثم جاء بعد ذلك التقنين المدنى الجديد مقررا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها (م ٨٧٥ و ٩١٥) . فليس فى الحكم العام الوارد بالتقنين المدنى الجديد أى نسخ أو الغاء للحكم الخاص الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل يظل هذا الحكم قائما وساريا يخول لغير المسلمين الاحتكام الى شرائعهم

---

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. I, 6e éd., par Bartin, § 29, p. 100. — Baudry - Lacantinerie et Fourcade, Traité théorique et pratique de droit civil, t. I, Des personnes, No. 119. — Beudant et Béquignon - Lagarde, Cours de droit civil français, 2e éd., t. I, No. 176. — Josserand, ibid. — Marty et Raynaud, ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud op. cit., No. 83, p. 102.

الدينية فى مسائل الميراث والوصية ، ويعتبر كاستثناء من القاعدة العامة التى يقررها التقنين المدنى الجديد والتى تقضى بأن الولاية فى المواريث والوصايا تكون للشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة فى هذا الشأن »[1] .

ومن أمثلة ذلك أيضا أن قانون الشهر العقارى الصادر سنة ١٩٤٦ يضع حكما خاصا بشأن نقل ملكية العقار أو أى حق عينى أصلى آخر وارد عليه ، اذ يعلق هذا النقل على تسجيل التصرف المثبت لذلك . ثم جاء بعد ذلك التقنين المدنى الجديد فنص على الحكم العام فى شأن نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى مقررا أن الالتزام بهذا النقل كاف وحده ومن تلقاء نفسه لتحقيق هذا النقل وزاد على ذلك قوله « وذلك دون اخلال بقواعد التسجيل » (م ٢٠٤) . والواقع أن هذه العبارة الأخيرة محض تزيد ما كان يحتاج الأمر اليه للدلالة على أن قانون الشهر العقارى يظل ساريا فى شأن نقل ملكية العقار والحقوق العينية الواردة عليه رغم تعارضه مع الحكم الوارد فى التقنين المدنى الجديد . فواضح أن هذا التقنين انما يضع حكما عاما ، بينما يضع قانون الشهر العقارى حكما خاصا ، والعام لا ينسخ الخاص كما سبق البيان ، بل يعتبر العام هو القاعدة العامة ويظل الخاص قائما كاستثناء وارد عليها »[2] .

---

(١) انظر سابقا ، هامش ص ٣٢٨ و ٣٢٩ .

(٢) مما يؤيد هذا النظر من كون العام لا ينسخ الخاص، ان مشروع قانون اصدار القانون المدنى الجديد كان ينص على انه « يلغى القانون المدنى المعمول به امام المحاكم الوطنية والقانون المدنى المعمول به امام المحاكم المختلطة ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون . **وكذلك يلغى كل نص يخالف احكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون** » . فاعترض فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على الفقرة الأخيرة ، لأن المراد هو ان يحل التقنين الجديد محل التقنين القديم على أن يبقى مكملا بما سبق صدوره من قوانين خاصة كالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجارات الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين . وانتهى الأمر الى حذف هذه الفقرة =

٢ ـ تنظيم نفس الموضوع من جديد :

والصورة الثانية من صور الالغاء الضمنى ، أن تأتى قواعد قانونية فتنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن نظمته قواعد قانونية قديمة اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لا تتعارض معهـا . وفى هذا الصدد تصرح المذكرة الايضاحيـة لمشروع التقنين المدنى الجديد بأن من صـور النسخ الضمنى « أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الأوضـاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السـابق منسوخا جملـة وتفصيلا ولو انتفى التعـارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصـوص التشريع الذى تلاه » «[١]» .

وقد سبق أن قضت محكمة الاستئناف المختلطـة منذ قديم «[٢]» بأنه « اذا تعلق التعـارض بين التشريع السـابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذى أسس عليه التشريع السـابق ، وجب أن يتنـاول النسخ أحكام هـذا التشريع جميعا » «[٣]» .

ويراعى أن المشرع ينص غالبا فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على الغـاء التشريع السابق الذى كان ينظمه . ومثـال ذلك ما نص عليه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشـأن نظـام القضـاء من الغاء لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ولائحة الاجراءات الداخلية بها وما نص

= تأكيدا لهذا المعنى من «الابقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعا دائمة او موقوتة ، حتى لا ينصرف النص فى عمومه الى الغاء هذه الأوضاع ، الأمر الذى لا يدخل فى قصد الشارع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٦٩) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) ١٥ يناير ١٩١٤ ، ب ٢٦ ، ص ١٤١ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الموضع السابق .

(٣) فى هذا المعنى :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 204

عليه القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم الجامعات المصرية من الغاء نصوص القوانين السابقة المتعلقة بهذا التنظيم ؛ وهو بذلك يجعل الالغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالالغاء ، لتحقق الالغاء ضمنيا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد •

١٨٧ ـ سلطة الغاء القاعدة القانونية

القاعدة أن السلطة التى تملك الالغاء هى السلطة التى تملك الاصدار أو الانشاء، أو سلطة أعلى منها اذ من يملك الأكثر يملك الأقل• ومن هنا فلا يتم الغاء قاعدة قانونية الا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمى للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمى أعلى منه •

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغيها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغيها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى فى المرتبة من العرف اذ هو المصدر الرسمى الأصلى والعرف مجرد مصدر تكميلى له •

والقاعدة التشريعية لا تلغى الا بقاعدة تشريعية ، ونص المادة الثانية من التقنين المدنى صريح فى هذا الصدد اذ يقرر أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق ••• » • غير أن التشريع نفسه كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، ولذلك ينبغى مراعاة هذا التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع • فالتشريع الأساسى يلغى بتشريع أساسى ، والتشريع العادى يلغى بتشريع عادى أو أساسى ، والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو عادى أو أساسى •

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف لا يملك ـ كقاعدة عامة ـ الغاء التشريع ، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى • ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء من امكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة ، أى عن طريق

عدم اعمالـه (désuétude) «١» . فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع ، لأنه مجرد مصدر تكميلي له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام لم يلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائمـا دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له . وأيا ما كان الأمر ، فالتقنين المدنى المصرى قاطع فى عدم اجازة الغـاء التشريع الا بتشريع مثله (م ٢) «٢» ، فلا يقر بحال من الأحوال الغاءه بعرف ايجابى أو سلبى. وقد جرى القضـاء المصرى من قبل على ذلك «٣» ، فلم يعترف بالغـاء

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, No. 177. — Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 51. — Josserand, op. cit., t. I, No. 101. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٢) ولعل خلو القانون الفرنسى من نص مماثل أو من تصريح بعلو مرتبـة التشريع على العـرف ، هو الذى يكمن وراء تأييـد كثير من فقهائه (أنظر الهامش السـابق) لامكان الغـاء التشريع بعدم الاعمـال . ورغم ذلك ، فقـد استقر القضاء الفرنسى على انكار نسخ التشريع عن طريق مثل هذا العرف السـلبى (انظر فى الاشارة الى احكام هذا القضـاء :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, p. 195, et note (1)

ويشايع هذا القضاء غير قليل من الفقهاء الفرنسيين (أ نظـر :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 29, pp. 98, 99. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 128, 129. — Colin, Capitant et De la Morandi.re, op. cit., t. I, No. 64. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114, pp. 194 et 195.

(٣) انظر مصر الابتدائيـة ١٧ ابـريل ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ ، حيث يقرر الحكم انه « حيث أن القول بأن قانون المطبـوعات قـد سقط بتعمد الحكومـة عدم تنفيـذه مدة طويلة مع وجود أحوال كثيرة كانت تدعو الى تنفيذه ، هو قـول غير مقبول لأن القانون لا يلغى صراحة أو ضمنا الا بقانون مثله ولا يبطل القانون لعدم العمل به مهما طالت المـدة ، بل ولا بالعمل على نقيضه ، لأن الحكومة مكلفة بتنفيذ القوانين فلا يمكن أن يكون بيدهـا ابطالها وهى لم تصدر منهـا ، بل ان السلطة التشريعيـة التى اصدرت القانون هى وحدها التى تملك ابطاله . ولا يمكن التسليم نظاما بان السلطة التشريعية تصدر القانون ثم تأتي السلطـة التنفيذية وتمتنع عن تنفيذه فيؤدى ذلك —

التشريع نتيجة عدم اعماله مدة طويلة .

= الى بطلانه ، لأن ذلك معناه اشتراك السلطـة التنفيذية فى التشريع وهو ما يتنافى مع مبدأ فصل السلطـات » .

المبحث الثانى

تنازع القواعد القانونية فى الزمان (١)

١٨٨ ـ مشكلة التنازع الزمانى

اذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبديهى

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps; théorie de la non retroactivité des lois, t. I, 1929, t. II, 1933. — Roubier, De l'effet des lois nouvelles sur les contrats en cours, Revue critique de législation et de Jurisprudence, 1932, pp. 120 - 224. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civile de Baudry — Lacantinerie, t. II, Nos. 11-247, pp. 13-280. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 3e éd., 1928, § 21, 21 a, 22, pp. 227 - 284. — Esmein, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943-1944.

وانظر كذلك :

Aubry et Rau, op. cit., 6 éd., Bartin, t. I, § 30, pp. 101 - 139. — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, Nos. 212—256. — Bonnecase, Introduction à L'étude du droit, 3e éd. 1939, Nos. 125 - 133. — Capitant, Introduction à L'étude du droit civil, Nos. 36 - 48. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 49 - 62. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 250 - 256. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 75 - 83. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 274 - 315 . — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 110. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 137 - 154.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ١٥١ ـ ١٥٦ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٩٧ ـ ١١٠ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٨ ـ ١٩٩ . ـ محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرات ١٥٧ ـ ١٧٧ . ـ محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ـ ١٣٨ . ـ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرات ١١٤ ـ ١٢٧ . ـ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ ـ ١٤٤ .

أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها ؛ وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة .

ويكون الأمر فى تحديد هذا النطاق الزمنى يسيرا هكذا ، اذا تعلق بأوضاع قانونية تتم وتترتب آثارها فى لحظة واحدة ، اذ لايتصور حينئذ قيام تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ؛ فما تم من أوضاع وما ترتب من آثار فى ظل القاعدة القديمة يكون محكوما بداهة بهذه القاعدة ، وما يتم من أوضاع أو يترتب من آثار فى ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة .

غير أن الأمر لايعرض دائما بمثل هذا اليسر ، فمن الأوضاع أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب الا خلال فترة طويلة من الزمن ، كما هو الشأن فى التقادم وعقود التوريد والقرض والايجار . وهنا يقوم التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه الأوضاع وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة فى ظلهما معا . فهل القاعدة القانونية الجديدة هى التى تسرى على أساس أن هذه الأوضاع والآثار القانونية قد تم تكوينها وترتيبها فى ظلها ؟ أم هل تظل القاعدة القانونية القديمة سارية على أساس أن هذه الأوضاع قد ابتدأ تكوينها فى ظلها ، فلا عبرة بتمام هذا التكوين فى ظل القاعدة الجديدة ، وأن تلك الآثار التى تترتب فى ظل القاعدة الجديدة انما تتولد من أوضاع تم تكوينها فى ظل القاعدة القديمة ؟ .

فمثلا كان الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٨ ٪ ، ثم أنزل التقنين المدنى الجديد هذا الحد الى ٧ ٪ فما حكم عقود القرض التى عقدت قبل نفاذ التقنين الجديد بفائدة ٨ ٪ ، وتراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذه ؟ هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة أى على

أساس ٨ ٪، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من ٧ ٪ ؟ .

وكذلك كانت سن الأهلية لابرام التصرفات هي ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون المجالس الحسبية سنة ١٩٢٥ الى ٢١ سنة ، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه، هل يستمرون راشدين أو يعودون قاصرين؟. وما حكم تصرفاتهم التي عقدوها قبل نفاذ هذا القانون أي وقت ان كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان اذ تقرر اعادتهم قاصرين ؟ .

واذا كان للزوج المسلم اليوم حق طلاق زوجته بمحض ارادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضي ، على اعتبار أنه تزوج في ظل قانون يعطيه حق الطلاق بارادته المنفردة ؟ .

واذا كانت الوصية لوارث لا تنفذ الا في ثلث التركة وبشرط اجازة الورثة ، ثم أصبحت تنفذ بعد العمل بقانون الوصية الصادر سنة ١٩٤٦ بغير اجازة الورثة في الثلث ، فما حكم وصية لوارث بالثلث محررة في ظل القانون القديم اذا لم يمت الموصى الا بعد نفاذ القانون الجديد ؟ هل يعلق نفاذها على اجازة الورثة اعمالا للقانون القديم أم تنفذ دون اجازتهم اعمالا للقانون الجديد ؟ .

واذا كان اكتساب الملكية يتم بوضع اليد طوال خمس عشرة سنة ، ووضع شخص يده على عقار مدة عشر سنين ، ثم صدر قانون أطال المدة الى عشرين سنة ، هل يتبقى لهذا الشخص على اكتساب الملكية خمس سنين طبقا للمدة القديمة ، أم يتبقى له عشر سنين طبقا للمدة الجديدة ؟ . وما حكم الفرض العكسي اذ انقصت مدة التقادم الى ثمان سنوات ، هل يكتسب واضع اليد الملكية فور نفاذ القانون الجديد على اعتبار أن ثماني سنوات أصبحت كافية للاكتساب ، وهو قد وضع يده أكثر من ذلك ، أم

لا يكتسبها الا بتمام المدة القديمة أى بوضع يده خمس سنين أخرى ؟ .

واذا كانت بعض الدعاوى من اختصاص المحاكم الابتدائية ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص المحاكم الجزئية ، فما يكون حكم الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم أمام المحاكم الابتدائية ، اذا لم يكن قد فصل فيها بعد عند نفاذ القانون الجديد ؟ هل تستمر المحاكم الابتدائية فى نظرها ؟ أم تحيلها الى المحاكم الجزئية التى أصبحت بعد نفاذ القانون الجديد هى المختصة ؟ .

١٨٩ ـ مبدأ عدم رجعية القوانين

تلك هى مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان . فعلى أى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان ، فى الطليعة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟

يقوم فى الأصل حل مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور هو مبدأ عدم رجعية القوانين (La non - rétroactivité des lois) ، أى عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضى ، واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها .

ومبدأ عدم الرجعية من المبادىء المقررة فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة . فالتقنين المدنى الفرنسى ينص عليه فى المادة الثانية منه بقوله : « لا يحكم القانون الا بالنسبة الى المستقبل ، فليس له أثر رجعى » . وفى القانون المصرى يؤكد الدستور الجديد ما كان يقرره الدستور القديم «[١]» من نص على هذا المبدأ بقوله فى المادة ١٨٦ :

---

(١) وقد كان من رأينا ان اسقاط دستور ١٩٢٣ لم ينتقص من وجود =

« لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز ، فى غير المواد الجنائية ، النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة » . وكان المشروع النهائى للتقنين المدنى ينص عليه كذلك بقوله « لا يعمل بالنصوص التشريعية الا من وقت صيرورتها نافذة ، فلا تسرى على ما سبق من الوقائع .. » ، ثم حذف هذا النص اكتفاء بورود حكمه فى الدستور حينئذ .

ويقوم مبدأ عدم رجعية القوانين على أساس من المنطق ، اذ القاعدة القانونية هى أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه الى ما فات وانما الى ما هو آت . ففى الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضى خروج اذن عن المدى الزمنى لسريانها — وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها — واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانتقاص من المدى الزمنى لسريانها الذى يمتد الى يوم انقضائها .

وكذلك ففى انسحاب القاعدة القانونية على الماضى ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقة الواجبة فى القانون . فضلا

= هذا المبدأ ، فيظل مسلما واجب الاحترام طوال فترة الانتقال التى أعقبت هذا الاسقاط حتى العمل بالدستور الجديد ، فقد قلنا ان « مبدأ عدم رجعية القوانين يظل رغم هذا الاسقاط قائما ، فهو من المبادىء الدستورية المقدسة التى كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل مرير ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت وحقوقها المكتسبة ، سواء كان مسطورا فى الدساتير أو غير مسطور . وليس يطعن فى ذلك ان الاعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ من «القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش» بوضع دستور مؤقت يعمل به طوال فترة الانتقال ، قد اغفل النص على هذا المبدأ وخاصة فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فهذا المبدأ — كما قلنا — فى الطليعة من المبادىء الدستورية الهامة المسلمة التى لا يمكن الرجوع فيها أو انكارها . وقد تضمن الاعلان الدستورى الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ باسقاط دستور سنة ١٩٢٣ تعهدا صريحا بأن تراعى الحكومة التى تتولى السلطات فى فترة الانتقال « صالح المواطنين جميعا دون تفريق او تمييز ، مراعية فى ذلك المبادىء الدستورية الهامة » . (انظر كتابنا ، محاضرات فى المدخل للقانون ، ص ٢٩٠ و ٢٩١) .

عن أنه كثيرا ما تترتب للأفراد حقوق وأوضاع وآثار قانونية فى ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغى أن يكون تعديل هذه القواعد أو الغاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والأوضاع أو للانتقاص من تلك الآثار التى ترتبت صحيحة فى ظل القواعد القانونيـة القديمة .

ومع ذلك ، فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة فى الخروج على مبدأ عدم الرجعيـة ، بنصه على الرجعية صراحة ، اذ قد تكون الرجعية فى بعض الحـالات مما يقتضيـه صـالح الجماعـة . والدستور المصرى الجديد — كالدستور القديم — قاطع ، كما سبق البيان ، فى اعطاء هذا الحق للمشرع (م ١٨٦) . ولكنه يتطلب أن يكون تقرير الرجعيـة من قبلـه صريحا لا ضمنيا ، وأن يتم هذا التقرير بتشريع عادى «[1]» توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الأمـة لا أغلبية الحاضرين منهم ، وذلك تأكيدا لخطـورة الرجعيـة أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع — على أى حال — مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيمـا يتعلق بالقوانين الجنائية ؛ فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال ، نظرا لما فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . والدستور الجديد — كالدستور القديم (م ٦) — قاطع فى حرمان المشرع من النص على الرجعيـة فى هذا المجال : حيث تنص المادة ٣٢ منه على أنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون . ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليهـا » ، وترخص المـادة ١٨٦ منـه فى النص على الرجعية بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة ولكن « فى غير المواد الجنائية» . وكذلك تتضمن المـادة الخامسة من تقنين العقوبات هذا القيد على حرية المشرع الجنائى فى النص على الرجعية ، حيث تنص على أنه « يعاقب على

---

(١) فلا تجوز الرجعيـة ولو نص عليها صراحة فى تشريع فرعى (انظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٦ ، ص ١٦٠) .

الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » .

١٩٠ — عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها في الزمان «١» .

اذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فينبغى أن يراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافيا بمفرده لحل مشاكل هذا التنازع . فلا يكفى أن يقرر كمبدأ أن ليس للقانون الجديد سلطان على الماضى ، بل يجب أن يقرر كذلك مبدأ سلطان هذا القانون ابتداء من نفاذه أى مبدأ سلطانه المباشر ، خاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية ؛ وأن يحدد كذلك مدى هذا السلطان المباشر ، وهل هو سلطان كامل يعطى القانون الجديد ولاية مانعة لكل ولاية للقانون القديم فى هذا الشأن ، أم يجب الاعتراف للقانون القديم — فى بعض الحالات على الأقل — بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد ؟ .

وبذلك يرد الأمر فى التنازع الزمانى بين القوانين الى تقرير مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة والى تقرير مبدأ أثرها المباشر وما قد يحد منه — فى بعض الحالات — من الاعتراف بأثر مستمر للقوانين القديمة .

وقد كان تحديد معنى الرجعية الممنوعة محلا خاصة لمحاولات فقهية كثيرة متواصلة ولدت نظريات مختلفة فى فهمها وتحديدها ، مالبث أن انعكس أثر اختلافها على تحديد معنى الأثر المباشر للقوانين الجديدة وعلى تحديد مدى الأثر المستمر للقوانين القديمة . ولذلك ينبغى أن نعرض لأهم هذه النظريات لنتبين مدى توفيقها فى حل مشكلة تنازع القوانين فى

---

(١) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 105. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 276, 277.

الزمان ، وأن نعرض كذلك للحلول الوضعية لهذه المشكلة فى القانون المصرى ومدى اتفاقها مع الأصول الفقهية فى هذا الشأن ، وأن نحاول أخيرا التماس حلول لبعض ما يثيره التنازع بين القوانين فى الزمان من مشاكل عملية لم يتصد المشرع لحلها .

المطلب الأول

الأصول الفقهية لحل مشكلة التنازع الزمانى

١٩١ — تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزمانى من أعقد المشاكل القانونية التى واجهت الفقه . لذلك كانت محلا لاجتهاد كثير من الفقهاء فى سبيل التماس أصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لارساء هذه الأصول . ولسوف نكتفى باستعراض نظريات فقهية ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة . أولاها النظرية القديمة التى ظلت سائدة فى الفقه ومطبقة فى القضاء فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتى عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . والنظريتان الأخريان نبتتا فى الفقه الفرنسى منذ أوائل القرن الحالى بعد ظهور عيوب وقصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الأولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وخاصة «ديجى» ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية ، ولكن لم يكتب لها النجاح فى الفقه أو القضاء . والثانية ، تأصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أظهرهم «روبييه» ، وهى التى تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما فى مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الأمر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الغلبة اليوم على بقية النظريات .

أولا ـ النظريـة التقليديـة
فى التفرقـة بين الحق المكتسب ومجرد الامل

١٩٢ ـ المبدأ هو عدم الرجعيـة ، اى عدم المسـاس بحق مكتسب

قلنا ان هذه النظرية كانت هي السائدة فى الفقه والقضـاء الفرنسى طوال القرن المـاضى، بل ان بعض أحكام القضـاء الفرنسى والمصرى على السواء لاتزال الى اليوم ـ رغم هجر الفقه لها ـ تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعيـة للأسباب التى أوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهى ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ؛ أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المسـاس بمجرد الآمال التى لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبـة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بها الرجاء فى المـاضى ، ولكنهـا لاتسرى اذا كان من شـأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية اذن هو التفرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الأمل (simple expectative)، والأول وحده دون الثانى هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعى . ولكن ما هو مناط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ؟ . الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب «١» ،

(١) انظر فى التعريفـات المختلفـة للحق المكتسب عند انصار النظرية التقليديـة : Roubier, op. cit., t. I, No. 33, No. 35, p. 311.

مما أضعف سند نظريتهم فى الفقة وجعلها هدفا سهلا قريبا للنقــد . فالحق المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذى دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نقضه أو نزعه منه الا برضــاه ؛ وهو عند بعض آخر الحق الذى يقوم على سند قانونى ، وعند فريق ثالث هو الحق الذى يملك صاحبــه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء «[1]» . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء فى اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأى فى تعريف الحق المكتسب ومناط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فأنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالارث مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقيد الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث . ولذلك اذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة

---

(١) ذهب بعض انصار هذه النظرية الى محاولة تفادى الانتقادات التى وجهت اليها وخاصة عدم تحديد المقصود بالحق المكتسب ومجرد الأمل تحديدا واضحا بقولهم ان ما يحدد الحق المكتسب هو كونه مكفولا لصاحبه بدعوى أو بدفع ، وأن مجرد الأمل هو كل ما عداه مما يفتقد — فى كفالته — مثل هذه الوســائل ؛ وتأدوا من ذلك الى أن التفرقــة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل هى فى حقيقتهــا تفرقة بين « الحق » (Le droit) وبين « المصلحة » (L'intérêt)

انظر فى ذلك قول Huc :

«Constitue un droit acquis tout avantage dont la conservation ou l'intégrité est garantie au sujet investi par une action ou par une exception. Au contraire, ne sera pas un droit acquis, mais sera un simple intérêt, tout avantage dont la conservation ou l'intégrité n'est pas garantie au profit du sujet par une action ou par une exception. La règle serait par conséquent ainsi formulée : une loi nouvelle ne peut pas, en principe, porter atteinte à un droit, mais elle peut détruire ou léser un intérêt. — Cette manière d'envisager la difficulté a pour résultat une grande simplification dans la doctrine puisqu'elle rattache nettemment la solution cherchée à une distinction facile à comprendre et admise par tout le monde entre l'intérêt et le droit. Au fond, la distinction établie entre les droits acquis et les simples expectatives n'est pas autre chose » (Huc, cité par Bonnecase, op. cit., t. II, p. 137)

وأنظر فى انتقــاد هذا المعيــار :

Roubier, op. cit., t. I, No. 37, p. 332.

الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة فى ظل القانون القديم ، أى لا يسرى على التركات التى فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه والاصدار رجعيا ، لأن وفاة المورث فى ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة فى تركته مما يمتنع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بها . أما اذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجديد المعدل لأنصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم فى ظل القانون القديم — والمورث لم يمت بعد — حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل فى الارث ، وهو ما يجوز للقانون الجديد تحطيمه أو المساس به «[١]» .

وكذلك الحال فى الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة فى ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها فى ظل القانون القديم «[٢]» . فلو كان القدر الجائز فيه الايصاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصاب الايصاء بالثلث فقط ، فان القانون الجديد — ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصى — لا يسرى على الوصية ، فتظل صحيحة ونافذة فى النصف ، لأن الموصى له قد اكتسب بموت الموصى حقا فى هذا النصف . وان كان صدور القانون الجديد ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة فى ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا فى الثلث فقط ، لأن الموصى له — رغم تحرير الوصية فى ظل القانون القديم — لم يكن قد اكتسب بعد حقا فى الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقينى فى استحقاق الوصية يوما من الأيام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو الانتقاص منه .

(١) Aubry et Rau ,op. cit., t. I, § 30, p. 123.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133.

وكذلك كل تقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الأثر «١» .

والحقوق الناشئة عن فعل الانسان تعتبر — عند النظرية التقليدية — حقوقا مكتسبة للشخص المترتبة لصالحه ، مادام منشئها لا يملك بمجرد ارادته تعديل أو الغاء آثارها القانونية ، كالحقوق المتولدة عن العقود وعن الأعمال الضارة أو النافعة ، فلا يملك القانون الجديد المساس بها ولا حتى تعديل ما قد يترتب عليها — بعد نفاذه — من آثار ، فتظل هى وآثارها محكومة بالقانون الذى تولدت فى ظله «٢» .

١٩٣ — استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن المبدأ المقرر من عدم الرجعية ، بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القوانين القديمة. ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة . وهذه الاستثناءات هى :

(١) **النص الصريح على الرجعية** : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وهذا أمر مسلم فى الفقه بوجه عام . ومعناه أن للمشرع الحق فى أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى اذا أراد ، وانما يجب عليه حينئذ — فى الرأى الراجح — النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, pp. 124 - 132.

ارادته الضمنية «[1]» ؛ فاذا خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

وهذا الاستثناء المجمع عليه فى القانون الفرنسى رغم عدم وجود نص يقرره ، ينص عليه صراحة — كما سبق البيان — الدستور المصرى القديم والجديد على السواء .

وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع الى الماضى ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار فى المعاملات . ومن هنا ينبغى على المشرع القصد فى استعمال ماله من حق النص على رجعية القوانين ، الا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون فى سبيل تحقيقها الاخلال باستقرار المعاملات .

وأيا ما كان الأمر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، اذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فلا يملك النص صراحة — فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة — على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال (م ٤ من تقنين العقوبات الفرنسى) . وقد أشرنا من قبل الى أن الحد من حرية المشرع الجنائى فى النص على الرجعية مقرر صراحة فى تقنين العقوبات المصرى وفى الدستور المصرى القديم والجديد على السواء .

(٢) **القوانين الجنائية الأصلح للمتهم** : استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضى فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم اذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو

---

(١) فى هذا المعنى :
Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 103. — Josserand, op. cit., t. I, No. 79. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 305.

تخفف العقاب . ذلك أن حق الجماعة فى تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتهن بالصالح العام ، فاذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضى كذلك افادة من ارتكبها فى ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف . وسنرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر فى القانون المصرى (م ٥/٢ و ٣ عقوبات) .

(٣) **القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب** : لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة فى ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضى فيمس الحقوق المكتسبة اذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فقواعد النظام العام والآداب قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها أو الوقوف فى سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب «[1]» ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ـ عند النظرية التقليدية ـ قوانين رجعية خروجا على مبدا عدم رجعية القوانين «[2]» .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء «[3]» ـ عند أنصار النظرية التقليدية ـ

---

(١) يذهب بعض انصار النظرية التقليدية الى تبرير اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام رجعية الاثر استثناء من مبدا عدم الرجعية ، على اساس القول بأن فى تعلق هذه القوانين بالأسس الرئيسية للجماعة المؤلفة للنظام العام فيها ما يفصح عن ارادة المشرع الضمنية فى اطلاق تطبيقها دون اعتبار لما قد يجره هذا التطبيق من مساس بحقوق مكتسبة فى الماضى . فاذا كان المشرع يملك فرض الرجعية بنص صريح ، فكذلك يجب تقريرها حين تستبين ارادته الضمنيه فى ذلك من صفه القانون الآمرة نتيجة تعلقه بالنظام العام . فرجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام اذن رجعية تستند ـ فى هذا الراى ـ الى ارادة المشرع الضمنية (انظر فى الاشارة الى هذا الراى :
(Roubier, op. cit., t. I, No. 63, p. 529.

(٢) انظر فى الاشارة الى رجعية هذه القوانين فى منطق النظرية التقليدية :
Roubier, op. cit., t. I, 87, pp. 109-111.

(٣) انظر فى الاخذ بهذا الاستثناء فى القانون المصرى:
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، نقرة ١٥٥ .

القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهى عندهم قوانين ذات أثر رجعى لتعلقها بالنظام العام . فاذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهو يسرى فورا على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ، فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين فى حكم القانون القديم .

وكذلك الحال فى قوانين الغاء الرق ، فهى — لتعلقها بالنظام العام — تنسحب على الماضى ، فيتحرر كل الرقيق الموجـود فور نفاذها ، رغم ما فى ذلك من مساس بما لمالكيهم عليهم من حقـوق مكتسبـة . وكذلك الحال فى القوانين التى تحرم الطلاق ، فانها — لتعلقها بالنظـام العام — تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما فى ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب فى الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذى يبرر رجعية القوانين المتعلقة به فى نطاق محدود أضيق من نطاقه العادى المعروف «[1]» . وبذلك يوجد

---

(١) يذهب البعض الى اعتبار القوانين الناهية او المحرمـة (Les lois prohibitives) هى وحدها — من بين القوانين المتعلقة بالنظام العام — التى يجب سريانها باثر رجعى خروجـا على مبدأ عدم الرجعيـة . ويـذهب بعض آخر الى تقرير صفة الرجعية لبعض قوانين النظـام العام ذات الأهمية القصوى والخطر البالغ التى لا يتصور مع وجودها استمرار قيام وضع مخالف (انظر فى الاشارة الى هذه الآراء :
(Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110).

وانظر فى الاخذ بهذا الراى الاخير :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148.

ويذهب كذلك استاذانا السنهورى وابو ستيت — وهما يأخذان باستثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام من مبدأ عدم الرجعية كما سبق — الى الحد من هذا الاستـثناء . فهما ان كانا يطلقانه فى صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ؛ الا انهما يحدان منه فى صدد ما يتعلق بالنظـام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التى يقصد منها حماية مصلحة =

ــ فى صدد التنازع الزمانى بين القــوانين ــ نوع فرعى من النظــام العــام له نطــاق خاص محدود .

(٤) **القوانين التفسيرية** : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ فى تفسيره بمعنى لم يكن يقصده المشرع فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه واصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الــوارد فى التشريع الأول . وحينئذ يسرى التشريع الثــانى ، أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الأول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعيــة . ذلك أن التشريع الثانى ، بمــا يتضمن من تفسير التشريع الأول ، يعتبر جزءا منه ؛ فيكون طبيعيا اذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الأول «١» ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنهــا ؛ أمــا الدعاوى التى سبق الفصل فيها ــ قبل صدور التشريع التفسيرى ــ بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الأمر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الأحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقــة وبين ما يتخذ منهــا تحت

= عامة ــ كالقانون الذى يعطى للأوراق المصرفية سعرا جبريا ــ ... فانهــا تسرى على العقــود التى تمت قبل صــدوره والتى اشترط فيهــا على المــدين الدفع بالذهب ؛ وبين النصوص المعتبرة من النظام العام والتى تحمى مصالح خاصة ــ كالقانون الذى يخفض الحد الأقصى للفائدة ــ فانها لاتؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم » (عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة ١٥٥، ص ١٩٨و١٩٩)

(١) أنظر فى الاشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأســاس :

Roubier, op. cit., t. I, No. 58 p. 468.

ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، ما دام المشرع يصفهـا بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته فى رجعيتهـا ، وهو يملك فرض الرجعيـة اذا شـاء »(١) .

١٩٤ — نقـد النظرية التقليديـة

تلك هى النظرية التقليدية فى حل التنازع الزمانى بين القواعد القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجا كبيرا فى الفقه والقضاء طوال القرن الماضى فى فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل ومازال أثرها ملموسا الى اليوم فى أحكام القضاء — رغم تخلى الفقه الحديث عنهـا — حيث لا تزال تردد اصـلاحات « الحق المكتسب » و «مجرد الأمـل » .

غير أن الواقع أن هذه النظرية لا توفق فى اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذى ترى فى المســاس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الابهام لا يفصح فى جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الأمر الى أن تغدو فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به . ومن هنا كان تهكم بعض الفقهاء على هذه النظرية ووصفهم اياها بأنها مصادرة على المطلوب ، اذ تعرف الرجعية بأنها المساس بحق مكتسب ، فاذا سئلت عن الحق المكتسب قالت هو الذى لا يمسه القانون الجديد ! . . . »(٢) .

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108 - 110, et note (10)

(٢) وبذلك اندفع انصار هذه النظرية الى اصطناع حقـوق مكتسبـة وهميـة لمنع نفاذ القـانون الجديد حينما يراد منع نفاذه . ومن قبيل ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية من ان فى تطبيق القانون الجديد الذى=

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهى كذلك الى نتائج غير مقبولة. اذ منطق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عـدم المساس بالحقوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل أو الغائها أو تعديلها ، فلا تملك مثلا — بتعديل نظام الملكية — تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير معقولة ، اذ القانون لا يكفل الى الأبد الابقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبدا بوضعهـا القائم «[١]» فضلا عما فيها من سد الباب أمام كل اصلاح مستقبل «[٢]» .

وكذلك فان معيار الحق المكتسب — على افتراض صحته — معيار غير دقيق ، لا يعطى حلولا موفقـة لبعض مشاكل التنازع بين القوانين فى الزمان ، وخاصة حيث يتعلق الأمر بمركز قانونى يدركه القانون الجديد وهو ما يزال فى دور التكوين ، اذ ما دام التكوين لم يبلغ بعد تمامـه ، فلا يوجد بداهة حينئذ حق مكتسب ؛ ويكون معنى ذلك — فى منطق النظرية التقليدية — أن لا رجعية فى تطبيق قانون جديد يهدد ما تم فى ظل القانون القديم من عناصر هذا التكوين ؛ وفى ذلك خطأ واضح . فالواقع أن

= يقضى بتقصير مدة التقادم الذى بدأ ولم يكتمل فى ظل القانون القديم ، انتزاعا لحق كان يكفله القانون القديم للدائن ، وما ذهب اليه بعض الفقهاء — فى سبيل تفسير عدم تأثر صحـة الوصية بتغيير أهليـة الايصاء — من أن للموصى حقا مكتسبا لا يمَسـه القانون الجديد .

(انظر : Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324)

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285

وانظر كذلك فى هذا المعنى قول « پورتاليس » (Portalis) :

« Détruire une institution qui existe, ce n'est certainement pas faire une loi rétroactive, car si cela était, il faudrait dire que les lois ne peuvent rien changer. Le présent et l'avenir sont sous leur empire. Elles ne peuvent certainement pas faire qu'une chose qui existe n'ait pas existé, mais elles peuvent décider qu'elle n'existera plus. Or voilà tout ce qu'on fait les lois qui ont détruit les fiefs, les substitutions ». (Portalis, cité par Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, p. 130, note (1)).

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 173.

القانون الجديد الذى يلغى سببا من أسباب وقف التقادم يكون رجعيــا ـ رغم عدم وجود حق مكتسب بعد ـ اذا أهدر، بالنسبة الى تقادم لم تكتمل مدته عند نفاذه ، ما اعترضه فى ظل القانون القديم من وقف نتيجة هذا السبب . وكذلك يعتبر رجعيا ، رغم عدم وجود حق مكتسب ، القــانون الذى يلغى شكلا معينا للوصية ، اذا ترتب عليه أن تعتبر باطلــة الوصايا التى لم تكن قد استحقت بعد لعدم وفاة الموصى عند نفاذه ، لسبق تحريرها فى هذا الشكل فى ظل القانون القديم «[1]» .

وفضلا عن عجز معيــار الحق المكتسب الذى تعطيه هذه النظريــة ، نراها تخلط خلطا كبيرا بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد . فثم سريان لقوانين جديدة يعتبر فى منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها فى حين أن لارجعية فى الأمر ، اذ لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وانما يبتدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلا فى تطبيق القانون القاضى بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه ، وفى تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على من كانوا راشدين فى ظل القــانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعى للقانون الجديد ، أى أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، يبرر على أساس تعلق هذه القوانين

---

(1) Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

ومنطق النظرية التقليدية غير المقبول الذى يؤدى الى نفى الرجعية عن القانون الذى يلغى شكل الوصية فيهدر الوصايا التى تمت من قبل فى هذا الشكل ، هو الــذى حدا ببعض انصارها الى تنكب هذا المنطق ـ فى سبيل الابقاء على هذه الوصايا صحيحة فى الشكل الذى تمت فيه ـ واصطناع تبرير جديد مؤداه ان مســائل الشكل تخضع للقــانون الذى تتم التصرفــات القانونيــة فى ظله :

(انظر : Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 107, 108)

بالنظام العام . وذلك وهم خاطىء ؛ فسريان القانون الجديد فى الحالين ، انما هو سريان مباشر لا سريان رجعى ، لأنه سريان لا يتعرض للماضى فينقض ما تم فيه ، وانما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجديد ابتداء من يوم نفاذه فقط .

فالرقيق يعتبر متحررا ابتداء من يوم نفاذ القانون القاضى بتحريم الرق لا قبل ذلك ، أى لا تأثير لهذا القانون على وضع الرق الذى كان قائما قبل نفاذه ؛ ولو كان تطبيق مثل هذا القانون رجعيا لا مباشرا لاعتبر الرق الذى كان قائما قبل نفاذه باطلا أى لاعتبره كأن لم يكن ، ولرتب على ذلك كل النتائج والآثار القانونية . وكذلك الحال فى القانون الذى يرفع سن الرشد ، فمن لم يبلغ هذه السن الجديدة بعد ، يعود قاصرا ولكن ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون ، فلا تأثير للقانون الجديد على وضعه كراشد فى ظل القانون القديم ؛ ولو كان للقانون الجديد أثر رجعى لا مباشر ، لاعتبر من لم يبلغ السن الجديدة عند نفاذه كما لو كان قاصرا دائما ، أى لاعتبر أنه لم يكن كامل الأهلية قط فى ظل القانون القديم ، ولرتب على ذلك كل النتائج القانونية بابطال كل التصرفات التى صدرت منه حينئذ .

والخلط بين الأثر الرجعى والأثر المباشر على هذا النحو ، هو الذى دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره ، لو أنها بصرت بالفيصل الفارق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد. فأكثر القوانين التى تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعيتها استثناء، هى فى حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع فى ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ . ولو كان مثل هذا الاستثناء واجبا ، لانتهى الأمر ــ فى غير دائرة العقود ــ حيث قوانين

النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناوله فى الحقيقة سلطانها المباشر ، ولما كان مفهوما حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائيـة كمبدأ أساسى مسلم وهى فى طليعة القـوانين المتعلقـة بالنظام العام «[1]» . وهذا ما حدا ببعض أنصـار هذه النظريـة ــ كما سبق القول «[2]» ــ الى أن يحدوا من مضمون « النظام العام » الذى تجـوز رجعيـة القوانين المتعلقـة به استثناء ، على غير أساس قانونى أو منطقى معقول «[3]» .

ثانيا ــ نظرية « ديجى » «[4]»

فى التفرقـة بين المراكز القـانونيـة الموضوعية والشخصية

١٩٥ ــ تمهيـد

يرى « ديجى » أن اصطناع التفرقة التقليديـة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير فى تضخيم صعوبات تطبيق مبـدأ « عدم رجعية القوانين » ؛ وأن مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثـور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ، ولو فهم أن القوانين فى خطابها للأفراد انما تواجه أعمالا (actes) أو مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى

---

(١) Roubier, op. cit., t. 11, No. 87, p. 113

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٢٣ و ٤٢٤ .

(٣) انظر ما سيرد بعد خاصة فى نقد التفرقة فى قوانين النظام العام بين ما يحمى منها مصلحة خاصة وما يحمى مصلحة عامة . وقد نسب الينا البعض (سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ص ١٨٥ ، هامش (٤)) اننا أخذنا بهذه التفرقـة ولو أننا انتقـدناها . والصحيح أننا انتقدناهـا (كتابنا ، محاضرات فى المدخل للقانون ، ص ٣١١) ، ولكننا لم نأخذ بها وانما قلنا ان «**بعض انصار النظرية التقليدية**» هم الذين يقررونها (كتابنا، ص٢٩٦) .

(٤) راجع فى ذلك :

Duguit, op. cit., t. 11, § 21, § 21 a, pp. 228-267.

تطبيقها فى الزمان التمييز فى شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك «١» .

١٩٦ ـ القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « ديجى » أن حل التنازع الزمانى بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهى ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل ــ سواء كان ماديا أو قانونيا ــ يحكم منطقا بالقانون الذى حدث فى ظله ، ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بأى تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد «٢» . فالأعمال المشروعة والصحيحة وقت نشأتها طبقا للقانون السائد حينئذ ، تظل كذلك على وضعها من المشروعية والصحة دون تأثر بأى قانون جديد يأتى بعد حدوثها معتبرا مثل هذا النوع من الأعمال غير مشروع أو معدلا فى شروطها الشكلية أو الموضوعية . والأعمال غير المشروعة أو غير الصحيحة طبقا للقانون السائد وقت حدوثها ، تظل على حالها من عدم المشروعية أو عدم الصحة رغم صدور قانون جديد يعتبر مشروعا أو صحيحا مثل هذا النوع من الأعمال . ولذلك يكون رجعيا كل قانون يطبق على الأعمال الماضية السابق حدوثها ونشوئها قبل نفاذه «٣» .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشىء لجريمة جديدة ، لا يجوز ــ والا كان رجعيا ــ العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها وطبقا للقانون السائد حينئذ . وكذلك فالفعل الذى لم تكن تترتب عليه المسئولية التقصيرية طبقا للقانون الذى حدث فى ظله ، لا ينقلب الى مرتب لها بمقتضى قانون جديد يعتبر مثل هذا النوع من الأفعال سببا من أسباب مثل هذه المسئولية «٤» .

والتصرفات القانونية التى تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو ابرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون

---

(١) Duguit, op. cit., t. 11, § 21, p. 231

(٢) Duguit, Ibid.

(٣) Duguit, op. cit., 11, § 21, p. 232.

(٤) Duguit, op. cit., § 21, p. 233.

جديد يتطلب شروط صحة جديدة . وكذلك فالتصرفات القانونية الباطلة طبقا للقانون الذى أبرمت فى ظله ، لا تنقلب صحيحة نتيجة تطبيق قانون جديد . ولذلك فان العبرة فى صحة الوصية ، تكون بالقانون الذى حررت فى ظله لا بالقانون الذى توفى الموصى فى ظله «١» .

١٩٧ — القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق أن أشرنا الى المنهاج التجريبى الذى أراد « ديجى » اخضاع القانون له «٢» ، وهو المنهاج الذى تأدى به الى انكار كثير من الأسس القانونية التقليدية وفى طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد فى شأن انكار هذه الفكرة «٣» . ولكن يعنينا فى هذا المقام أن « ديجى » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الأفراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هى وجود كل منهم فى مركز قانونى معين ؛ اذ القانون ينشىء دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف — بالحد من بعض الأفعال — الى كفالة مزايا لبعض الأفراد ، مما يضع هؤلاء الأفراد فى مركز قانونى معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدى «٤» .

ومن فكرة «المركز القانونى» يستخرج « ديجى » الأصول التى يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين فى الزمان . وهو يفرق فى هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية .

التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية : يرى « ديجى » أن المراكز القانونية التى يوجد الأفراد فيها اما « مراكز موضوعية »

---

(١) Duguit, op. cit., § 21, p. 235

(٢) راجع سابقا ، ص ١٥٧ وما بعدها .

(٣) انظر لاحقا ، الفصل الأول من الباب التمهيدى من القسم الثانى .

(٤) Duguit, op. cit., t. I, § 29, p. 307

(Situations objectives) واما « مراكز شخصيـــة » (Situations subjectives) (١)

ويقصد « ديجى » بالمراكز القانونية الموضوعية ، تلك التى تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداها . أما المراكز القانونية الشخصية فتتولد مباشرة عن الارادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذى يعين خصـــائص ما يــولده أو ينشئه من مراكز .

فلكون المراكز القانونية الموضوعيـــة تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به «٢» ، فانها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والدوام

---

(١) وقد كانت فكرة « المركز القانونى » كذلك هى الأساس الذى أقام عليه «بونكاز» (Bonnecase) بناء نظريته فى حل التنازع الزمانى بين القوانين . ولكنه يعمد الى تفرقة أخرى غير تفرقة «ديجى» ، فيفرق بين «المركز القانونى المجرد» (La situation juridique abstraite) وبين «المركز القانونى الواقعى أ والمجسم» (La situation juridique concrète)؛ فيجعل الأول خـاضعـا لكل تعـديل فى القوانين ، بينما يجعل الثانى بمنأى عن سلطان كل قانون جديد . وعلى ذلك يكون رجعيا القانون الذى يمس مركزا قانونيا واقعيا ، فمثل هذا المركز يجب أن يظل دائما محكوما بالقانون الذى نشأ فى ظله ؛ ولكن لارجعية فى مساس القانون الجديد بمركز قانونى مجرد .

انظر فى تفصيل هذه النظرية :

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 218-247, pp. 246-280.

وانظر خاصة فى نقد ما تقوم عليه من الدفاع عن الأثر المستمر للقوانين القديمة ، ومن خلط بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 37, pp. 333-339.

(٢) ولا يطعن فى وصف بعض المراكز القانونية بالموضوعية أو يقلبها الى شخصية ، كونها لا تتولد الا عقب وجود تصرف ارادى معين ، كمركز الموظف يفترض قرار التعيين ومركز الزوج يفترض عقد الزواج ، ذلك أن نطاق مثل هذه المراكز ومداها انما يستقل القانون بتحـديده تحديدا دائمـا وعاما غير شخصى ، ولا دور للتصرف الارادى فى مثل هذا التحديد وانما يقتصر دوره على اعتباره شرطا لاعمال حكم القانــون على اشخاص معينين فيما يحدده من مثل هذه المراكز .

(انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 29, pp. 311, 312-; § 41, pp. 435, 436, t. II, § 21 a., p. 240).

والحجة فى مواجهة الكافة • وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون ـ كالقانون مصدرها ـ دائمة ، بمعنى أنها لا تنقضى بالقيام بعمل من الأعمال التى يبيحها القانون كمظهر لها • ومن أمثلةهذهالمراكزالموضوعية: مركزالناخب،ومركزالموظف،ومركزالمالك،ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى • فكل شخص تتوافر فيه صفة وشروط الناخب والموظف والمالك والزوج والابن الشرعى ، يوجد فى مركز قانونى موضوعى معين يحكمه القانون ويستقل وحده بتحديد نطاقه ومداه «١» •

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الارادة مباشرة ، فانها تكون خاصة ومؤقتة • فهى خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الاشخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ولاتنتج أثرها الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين كذلك فرديا بالذات • وهى مؤقته ، بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التى تحميها، فانها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة • والمثل البارز على هذه المراكز ، هو المراكز القانونية المتولدة عن العقد • فالمركزالقانونى الناشىء عن عقد من العقود مركز فردى خاص ، بمعنى أنه لايخص أو يمس الا طرفى التعاقد وحدهما وأن الدعوى لا تكون مقبولة الا فيما بينهما ، فغيرهما من الآخرين يكونون غرباء عن هذا المركز وعن الدعوى المتصلة به• وهو كذلك مركز مؤقت ، لأنه ينقضى بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد، سواء اختيارا أو عن طريق الاجبار بعد سلوك سبيل الدعوى الذى يخوله القانون • ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الارادة المنفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمر ادارى خاص «٢» •

الرجعية تنحصر فى المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى :

على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية

---

(١) Duguit, op. cit., t., I, § 29, pp. 308-312

(٢) Duguit, op. cit., t., I, § 29, pp. 312-314

الشخصية ، يبنى « ديجى » نظريته فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك — والا كانت رجعية — المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما — دون أن تعتبر رجعيـة — المساس بالمراكز القانونيـة الموضوعية القائمة «١» .

واعتبـار مساس القـانون الجديد بمركز قانونى شخصى من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطاقة ومداه استقلالا عن القانون بتصرف ارادى فردى صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون فى تمكين قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصى الموجود من قبل مساسا بالتالى بالتصرف القانونى الذى ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطـان للقوانين الجديدة — والا كانت رجعية — على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونيـة . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة «٢» ، لأنه لا يملك — دون رجعية — المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقـة على نفاذه «٣» .

وعلى العكس من ذلك لايعتبر القانون الجديد رجعيا اذا مس مركزا قانونياً موضوعيا قائما ، لأن هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقـانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القـانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعى تأثره بكل تعديل يصيب القانون «٤» .

---

(١) Duguit, op. cit., t. 11, § 21 a., p. 238

(٢) راجع فى تطبيقات هذا المبدا :
Duguit, op. cit., t. v, § 26, pp. 308-327

(٣) Duguit, op. cit., t. 11, § 21 a., pp. 238, 239

(٤) ولا يغير من ذلك ان يكون المركز القانونى الموضوعى متوقفا تولده فى حق بعض الأشخاص على وجود تصرف قانونى معين . فلا يمكن أن يقال ان فى سريان القانون الجديد على مثل هذا المركز القانونى المتولد من قبل اية رجعية ، بدعوى أنه بذلك يمس عملا اراديا سابقا على نفاذه فيعدل من آثاره . =

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحالــة وأهلية الأشخاص تنطبق حتى على الأشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الأهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق — دون أن يعتبر رجعيــا — حتى على الأشخــاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانونى القائم لا يمسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد ، فالقانون لايملك أن يسرى فيمس في الزمان السابق على وجوده فعلا قد حدث أو مركزا قد نشأ صحيحا فيه ؛ ولذلك فالمركز القانونى الناشيء صحيحا قبل القــانون الجديد يبقى صحيحا حتى نفاذ هذا القانون ، ولكنه يمكن أن يتعدل بالنسبة الى الزمن الذى يبتدىء من هذا النفاذ «[١]» .

والقوانين التى تعــدل شروط التمتع بحق الانتخــاب والترشيح ومباشرتهمــا ، تنطبق — دون رجعية — على الأشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقــوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الغاؤه فى أية لحظة بقانون جديد «[٢]» .

وكذلك فالقوانين التى تعدل نظــام الزواج تنطبق — دون أن يكون لها أثر رجعى — على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن فى قانون يبيح الطلاق بعد تحريمه أو يتوسع فى أسباب الطلاق ، لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضوعى متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذى لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج «[٣]» .

= ذلك ان مثل هذا المركز القانونى ليس اثرا لهذا العمل أو التصرف ، وانما هو يخرج مباشرة من القانون ويتحدد بمقتضــاه ، وليس اعلان الارادة الا شرطا لتطبيق القانون — على شخص او اشخاص معينين — بوضعهم فى المركز الذى يحدده القانون (انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٣٢) ؛ ومادام هذا المركز يستقل القانون نفســه بتحديده ، فمعنى ذلك خضوعه دائما للتعديل بمقتضاه (انظر : Duguit, op. cit., t. II, § 21 a., p. 240)

(١) Duguit, op. cit., t. II, § 21 a., p. 241

(٢) Duguit, op. cit., p. 244

(٣) Duguit, op. cit., p. 246

والقوانين المتعلقـة بنظـام الملكية والحقوق العينية تنطبق ــ دون رجعية ــ على كل الملكيات والحقوق العينية القائمة وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولده نتيجة تصرفات قانونية مبرمة فى الماضى • فالتصرفات القانونية فى ذاتها تبقى محكومة من حيث صحتهـا بالقانون السائد وقت ابرامها ، أما مركز الملاك وأصحاب الحقوق العينية ، فهى مراكز موضوعية عامـة يحددها القانون فتخضع بالتالى لكل ما تأتى به القوانين الجديدة من تعديل • ولذلك فالقانون الجـديد الذى يعدل مـدة التقادم المكسب للملكيـة ينطبق حتى على أحوال التقادم الذى ابتدأ جريانه فى ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية »[١] •

والقوانين التى تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحـاكم حتى المنشأة منهـا قبل هذا النفاذ »[٢] •

١٩٨ ــ نقـد نظرية « ديجى » [٣]

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجى » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا فى التأصيل الفقهى لمشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان •

ولكن ذلك لا ينفى الغموض عن هذه النظرية فيما تتخذه أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية • فيراعى من ناحية ، أن الصفات التى تقول هذه النظرية باختلافها فى النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول بصفة مطلقة ان المراكز القانونيـة الموضوعية دائمة بينما

---

(١) Duguit, op. cit., p. 249

(٢) Duguit, op. cit., p. 250

(٣) انظر فى تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :
Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346-358; No. 69, pp. 588-591.
وانظر كذلك :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 175.

المراكز القانونية الشخصية موقوتة «١» . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، اذ القانون انما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لابد ـ لكى تتحقق هذه المراكز المجردة واقعيا ـ من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان «٢»،وهذا ما لبث أن أدركه «ديجى» وحاول تفاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز .

ولذلك فاذا كانت هذه النظرية تجعل فى الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الارادة يكون المركز شخصيا ؛ الا أنها فى الحقيقة لا تعتد بهذا المعيار بقدر ما تعتد بالصفة الفردية الخاصة الموقوته أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانونى . وهنا تبدو عدم دقة هذه التفرقة، اذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد ـ دون وصفه بالرجعية ـ سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأفعال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون ـ دون رجعية ـ المساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق ـ عند هذه النظرية ـ بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فان هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 349, 350

(٢) Roubier, op. cit., p. 350.

المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لأى تعديل قد يأتى به »(١) .

ثالثا ـ النظرية الحديثة

فى التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر «٢»

١٩٩ ـ تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت ومازالت تلقى فى الفقه رواجا كبيرا بعد أن تخلى الجانب الأكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز الى نظرية «ديجى». وقد كان للفقيه الفرنسى الكبير «روبييه» (Roubier) فضل كبير فى بسط هذه النظرية والدعوة اليها فى كتابه القيم عن « تنازع القوانين فى الزمان » . وسنعتمد آراءه فى ايضاح هذه النظرية ـ وان كانت تختلف فى شأن بعض التفصيلات الجزئية عن آراء بعض أنصارها الآخرين ـ اذ يبقى جوهر النظرية واحدا هو التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر ، أى يسرى ابتداء من يوم نفاذه ، وليس له أثر رجعى ، أى لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه . فسريان القانون الجديد فى الزمان اذن له وجهان : وجه سلبى هو انعدام أثره الرجعى ، ووجه ايجابى هو أثره المباشر .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, note (1) pp. 353, 354.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vol., 1929-1933.

وانظر كذلك :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 278 - 315.

فنتكلم أولا فى الوجه السلبى لسريان القانون الجديد فى الزمان ، ثم فى وجهه الايجابى .

§ ١ – انعـدام الأثـر الرجعى للقانون الجديد

٢٠٠ – القـاعدة هى عـدم الرجعيـة

القاعدة ان القانون الجديد ليس له أثر رجعى ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم فى ظل الماضى . فهو لا يملك اعادة النظر فيما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانونى » (Situation juridique) «[١]» أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضـاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانونى . فالعبرة اذن هى بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانونى أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكون أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الآثار عليه . فان كان المركز القانونى قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه فى ظل القانون القديم، فلا يمس القانون الجديد هذا التكوين أو ذاك الانقضاء أو تلك العناصر ، والا كان رجعيا . وان كانت الآثار المتولدة من مركز قانونى قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تأثير للقانون الجديد عليها ، اذ ليس له أثر رجعى . ونفصل ذلك فيما يلى :

(ا) تكوين او انقضـاء المراكز القانونيـة :

١ – لا تسرى القوانين المتعلقـة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التى تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ؛

---

(١) يفضل الأستاذ « روبييه » اصطلاح « المركز القانونى » على غيره من الاصطلاحات ، اذ يراه أوسعها جمعيا فى هذا الصدد . فهو افضل عنده من اصطلاح «الحق المكتسب» ذى الصفة الشخصية الظاهرة، بما يتيح صرفه الى مثل مركز القاصر والمحجور . وهو افضل عنده كذلك من اصطلاح «الرابطة القانونية» (rapport juridique) الذى يعنى عادة وجـود علاقة مباشرة بين شخصين ، اذ قد يكون المركز القانونى منفردا وحجة فى مواجهة الكافة . (Roubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378) .

فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية »(١) .

أما فيما يتعلق بالتكوين، فالتصرفات القانونية التى أبرمت مثلا عرفية فى ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل ابرامها صحيحا رغم صدور قانون يخضعها للشكل الرسمى . والتصرفات التى صدرت عن شخص يعتبر كامل الأهلية فى ظل قانون معين لبلوغه سن الحادية والعشرين ، تظل صحيحة رغم صدور قانون بعد ابرامها يرفع سن الرشد الى الخامسة والعشرين . واكتساب الملكية الذى تم — فى ظل قانون معين — بمضى مدة وضع اليد المقررة فيه ، لاينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة »(٢) .

وكذلك ففيما يتعلق بالانقضاء ، لا يملك قانون جديد المساس دون رجعية بالمراكز القانونية السابق انقضاؤها . فانقضاء دين فى ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة . وصدور قانون جديد يمنع تمام المقاصة بقوة القانون ، لا تأثير له على ما تم قبل نفاذه من انقضاء دينين بقوة القانون بهذه الوسيلة. وصدور قانون يرفع سن الرشد الى الخامسة والعشرين بدل الحادية والعشرين ، لايعيد الى حال القصر من بلغ قبل نفاذه الحادية والعشرين ، والا كان رجعيا لاعادته النظر من جديد فيما تم فى الماضى صحيحا من انقضاء مركز القاصر .

ولكن من الواضح أن القوانين الجديدة التى تأتى معدلة لكيفية وشروط انقضاء مركز قانونى ، تنطبق دون رجعية على المراكز القانونية السابق تكوينها والتى لم تكن قد انقضت بعد عند نفاذها . ولذلك

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 386

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 385

فالقانون الذى يرفع سن الرشد الى الخامسة والعشرين بدل الحادية والعشرين يسرى على كل من لم يكن قد بلغ عند نفاذه الحادية والعشرين فيبقيه قاصرا حتى بلوغ الخامسة والعشرين ، لأن مركزه كقاصر لم يكن قد انقضى قبل صدور القانون الجديد فيكون هذا الانقضاء محكوما بالقانون الجديد بما له من سلطان وأثر مباشر «١» .

٢ — أما اذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج فى ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل فى وقت واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد — والا صار رجعيا — اعادة النظر فى عناصر التكوين أو الانقضاء التى اجتمعت وتوافرت فعلا فى ظل القانون القديم .

فالمركز القانونى الناشىء عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين : ابرام الوصية من ناحية ، ووفاة الموصى من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يمس هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا أثر رجعى ؛ لأن ابرام الوصية قد تم فى ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده فى شأن صحة ابرامها ، أى فى شأن صحة صدورها فى الشكل القانونى وتوافر الأهلية اللازمة فى الموصى . أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لأثره المباشر ، لأن تكوين المركز القانونى الناشىء عن الوصية لم يتم — رغم ابرامها فى ظل القانون القديم — الا بموت الموصى الذى حدث فى ظل القانون الجديد؛ ومن هنا يرجع فى تقدير النصاب الجائز فيه الايصاء مثلا الى القانون الجديد ؛ فاذا كانت الوصية بنصف التركة — وهو النصاب القانونى للايصاء طبقا للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله الوصية — لم تنفذ الا فى

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387 (1)

الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الايصاء بثلث التركة «[1]» .

وفى التقادم مثلا — وهو يحتاج الى مدة طويلة — لايسرى القانون الجديد الذى يصـدر بعد بدئه وقبل تمامـه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من العناصر التى تهم تكوينه وتكون لهـا فى ذاتها قيمـة قانونية معينة «[2]» . ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقـادم ، الى القـانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله «[3]» . ومن هنا فالقانون الجديد — رغم عدم تمام تكوين أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله — لا يملك ، ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضـاء كمـا توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .

(٢) ترتب الآثـار القانونيـة :

لا تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب فعلا من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القـانون القديم . فاذا كانت الملكيـة تنتقل بمجرد العقد ، ثم صـدر قانون يعلق انتقالهـا على تسجيل العقد ، كما حدث فى مصر عند صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، فهذا القـانـون لايسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لايمس ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم . واذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388.

(٢) ولذلك فان مدة التقادم التى ابتدأ جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل ، لا تكون لهـا فى ذاتها قيمة قانونية معينة اذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تمامها ؛ ولذلك يملك القانون دائما — دون رجعية — تعديلها قبل تمامها (انظر : Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391) .

(٣) Roubier, op. cit., No. 45, p. 389.

على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القـانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التى تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها فى ظل القانون القديم لا تأثير للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما تم ، وما لم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد . فاذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقـة ولا على ما تم فعلا من حضانة الأولاد فى ظل القانون القديم . انما يسرى القانون الجديد على النفقـة والحضانة ابتداء من وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طـلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامت آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مستمرة فى ظل القانون الجديد ؛ وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى ، لأن القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم فى المـاضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وانما يكون لهذا السريان أثر مبـاشر لأنه ينسحب فقط على ما يترتب من هذه الآثـار بعد نفاذه «[1]» .

٢٠١ ـ استثناءات عـدم الرجعيـة

القاعدة اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى ، أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى .

---

(1) Roubier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, pp. 331, 332

ولا يرد استثناء على هذه القاعدة الا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيريا . وفى هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

وقد تكلمنا من قبل عن نص المشرع الصريح على الرجعية ، اذ قلنا ان مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع . وتبرر النظرية الحديثة الاختلاف بين القاضى والمشرع فى شأن التقيد بهذا المبدأ على أساس اختلاف وظيفة كل منهما عن وظيفة الآخر . فالقاضى — وهو مكلف بتطبيق القانون — تنحصر وظيفته أساسا فى الاعتراف بحالة قانونية سابقة ، أى البحث عن الآثار القانونية التى ترتبت فى الماضى، وهو مالا يمكن الا على ضوء القانون الموجود وقت ترتب هذه الآثار القانونية «[١]» .

وتكلمنا كذلك من قبل عن الاستثناء الثانى الخاص بالقوانين التفسيرية . وتبرر النظرية الحديثة رجعية مثل هذه القوانين على أساس مالها من صفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون، كالقاضى سواء بسواء . ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجعيتها بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا «[٢]» .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية . فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب ، اذ ليس ثم ما يبرر عندها — بالنظر الى صفة القانون الجديد — نقض ما تم فى الماضى واعادة النظر فى المراكز القانونية التى تكونت أو انقضت أو فى عناصرها التى اجتمعت ، ولا فى الآثار التى ترتبت فعلا فى ظل القانون القديم ، خاصة وأن من أهم القوانين

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 53, pp. 431 - 433

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 58, pp. 472 - 473.

المتعلقة بالنظام العام والآداب القوانين الجنائية التى ينعقد الاجماع على تحريم رجعيتهـا كقاعدة عامة »(١) .

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الأصلح للمتهم — على ما يقع قبل نفاذها من أفعال — سريانا رجعيا ، فهذا السريان عندها ليس الا تطبيقا للأثر المباشر لا الرجعى لهذه القوانين . فالمركز القانونى المترتب على الجرم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم ، بل لابد من صدور حكم قضـائى ، اذ الحكم القضـائى هنا — نظرا لامتناع العقاب دونه — يكون منشئا (Constitutif) لا مقررا (déclaratif) للمركز ؛ فهو مركز قانونى يتألف من عنصرين ، ولذلك اذا صدر قانون جديد — بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم القضائى — بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهذا القانون هو الذى يسرى بماله من أثر مباشر، لأن الجرم — ان كان قد ارتكب فى ظل القانون القديم — الا أن المركز القانونى الناشىء عنه لا يتم تكوينه الا فى ظل القانون الجديد »(٢) .

§ ٢ — الأثـر المبـاشر للقـانـون الجـديـد

٢٠٢ — ضرورة اكمال مبدا عدم رجعية القانون الجديد بمبدا اثره المباشر

ترى النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس

---

(١) Roubier, op. cit., t .I, No. 63, pp. 529, 530; t. II, No. 87, pp. 109-115

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549

ويرى الأستاذ « روبييه » على العكس من ذلك أن القـوانين الجنائيـة التى تنشىء جريمة جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعيـة اذا طبقت على أفعال ارتكبت فى الماضى . ذلك انه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبل لمركز قانونى جار بمنعه من التكوين أو بالتضييق من آثاره ، فانه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذى توافر من هذا المركز فى الماضى منتجا لآثار لم يكن ينتجها فى ظل القانون القديم أو لآثارا قوى مما كان يستطيع انتاجها فيه (Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 547).

له أثر رجعى (effet rétroactif) أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطأ الاقتصار — كما تفعل النظرية التقليدية — على مجرد تقرير هذا المبدأ ، اذ هو وحده لا يكفى لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلئن كان مبدأ عدم رجعيـة القانون الجديد يمنع سريانه على ماتم من مراكز وآثار قانونيـة فى ظل القانون القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القـانونين — القديم أو الجـديد — هو الأولى بالتطبيق والسريان فى شـأن المراكز القانونية الجارية ، أى فى شأن ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتبا على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب من آثاره . لذلك ينبغى — الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد — تقرير مبدأ أثره المباشر ، منعا لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون الجديد ، أى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى ولو كان مترتبا على وقائع أو مراكز نشأت فى ظل القانون القديم «١» .

وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو، يؤدى الى تحقيق ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدى اليه المبـدأ العكسى — وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم — من ازدواج أو تعدد الأنظمـة القانونيـة فى حكم مراكز متماثلة «٢» .

فالقانون الجديد اذن — بماله من أثر مباشر (effet immédiat) — تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية فى ظله ، فذلك بديهى ؛ ولكن كذلك على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565 - 566.

فى ظل القانون الجديد ؛ وعلى الآثار المستقبلــة لمركز قانونى سابق تكون أو انقضى فى ظل القــانون القديم ، أى على الآثار التى تترتب على هــذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

(ا) تمـام ما بدأ فى المـاضى من تكوين او انقضاء المراكز القانونيــة :

يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونيــة التى يتم تكوينهــا أو انقضاؤها فى ظله ، وان كان هذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ فى ظل القانون القديم ؛ بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أو الانقضــاء التى تتم فى ظله ، أما العناصر التى تمت فى ظل القانون القديم فلا يمسها القانون الجديد — كما سبق البيان — لانعدام أثره الرجعى .

ومن هنا فالقانون الذى يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصى، يسرى بما له من أثر مباشر — أى باعتباره القانون الذى استحقت فى ظله الوصيــة بموت الموصى بعد نفاذه — فى شأن صحة الوصيــة من حيث الموضوع أى من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التى تتضمنها الوصيــة مثلا ؛ ولكنه لا يسرى فى شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى أو من حيث الشكل ، لأنها حررت منه فى ظل القانون القديم فتكون محكومة من هذا الوجه به «[1]» .

والقانون الذى يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذى يسرى عليه بما له من أثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم فى ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره فى ظل القانون القديم . فيخضع التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر فى القانون القديم ، ان أطيلت

---

(١) انظر سابقا ص ٤٤١ و ٤٤٢ .

فى القانون الجديد «١» .

(٢) الآثار المستقبلة للمراكز القانونية الماضية :

يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلة أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى . أما الآثار الماضية أى التى ترتبت فعلا على هذه المراكز فى ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر — كما سبقت الاشارة «٢» — على كل نفقة أو حضانة مستقبلة مترتبة على طلاق صادر فى ظل القانون القديم، وان يكن لا تأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها

---

(١) أما ان قصرت المدة فى القانون الجديد ، فيراعى ان لايؤدى سريان القانون الجديد الى اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم ، والا كان فى ذلك رجعية من القانون الجديد ، أو الى اطالة مدة التقادم عن المدة الأطول المقررة فى القانون القديم ، مادام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فالأصل أن يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ؛ الا اذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته .

(Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243; t. I, p. 391, note (1) .

وقد اخذ المشرع المصرى بهذا الحل فى المادة الثامنة من التقنين المدنى الجديد كما سيرد البيان .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٤٣ .

بالنسبة الى المستقبل وحده ؛ أما الآثار التى ترتبت فى الماضى ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرجعى .

٢٠٣ ــ الخروج على قاعدة الأثر المباشر للقــانون الجديد باخضاع المراكز العقدية الجاريــة للأثر المستمر للقــانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقــة والتى ما زالت جاريــة فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها ، أو من حيث آثارها المستقبلة التى تترتب منذ هذا النفاذ . غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود ؛ اذ تظل المراكز العقدية الجاريه (Les situations contractuelles en cours) ــ حتى بعد صدور قانون جديد ــ محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله ، دون أن تخضع للأثر المبــاشر لهذا القانون الجــديد . وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجاريــة ، فيستمر القانون القديم ــ رغم تعديله أو الغائه ــ فى حكمهــا بعد نفاذ القانون الجديد .

وواضح أن اعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم فى شأن المراكز العقديه الجاريه ، انما يفترض وجود مراكز عقدية قائمة ومتكونة قبل نفاذ القانون الجديد . فلا يتأتى اعمال هذا المبدأ فى شأن المراكز العقدية التى يدركهــا القانون الجديد وهى ماتزال فى دور التكوين ، اذ لا يوجد حينئذ عقد أو مراكز عقدية بعد ، فيكون طبيعيا أن يخضع هذا التكوين ــ مع احترام ماتوافر من عناصره فى ظل القانون القديم ــ للقانون الجديد وحده بمقتضى أثره المباشر «١» . ولذلك فاذا كان للقانون القديم أثر مستمر فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فهو انما يتناول الآثار المستقبلة لهذه المراكز أى الآثار التى تترتب عليها بعد نفاذ القــانون الجديد ، كمــا يتناول طرق

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 83, pp. 64, 65

انحلالها . وعلى ذلك ، فاستثناء من قاعدة الأثر المباشر للقانون الجـديد ، تظل المراكز العقدية المتكونة فى ظل قانون قديم ، سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلة أو طرق انحلالها ، خاضعة — بعد نفاذ القانون الجديد — للقانون القديم وحده »[١] .

(١) **تبرير الاستثناء :** تؤسس النظريـة الحديثـة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمـة من اعمال الأثر المبـاشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية . فالأثر المباشر للقانون الجديد انما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التى هى أساس النظـام فى الروابط والعلاقات القانونية ؛ فلو لم يطبق مبدأ الأثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونيـة التى تحكم مراكز قانونية متماثلة ، مما يشيع الفوضى والاضطراب فى المعاملات . بينما الأصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتهـا وتنوعها تنوعا كبيرا نتيجة ما لارادة الأفراد من سلطـان فى تحديدهـا ؛ ولذلك فليس لاعمال الأثر المباشر — وهو الذى يهدف الى توحيد القواعد القانونية التى تحكم المراكز المتماثلة — من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذى تكونت فى ظله سريانه عليهـا حتى بعد نفاذ القانون الجديد »[٢] .

(٢) **مدى الاستثناء :** اذا كان للقانون القديم أثر مستمر فى شـأن طرق انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفى شأن آثارها المستقبلة ، فليس هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود فى مداه بقدر الحكمة من تقريره . وقد رأينا هذه الحكمة كامنة فى تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتفى معه الحاجة الى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأنها بما يقوم عليه من توحيد القواعد القانونيـة التى تحكم مراكز متماثلـة . ولذلك فحيث تتحدد هذه المراكز — رغم استنادها الى عقد من العقود — بمقتضى القانون وحده ومباشرة ، لا توجد حكمة — ووحدتها مفروضـة

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 85, p. 89; No. 152, p. 769

(٢) Roubier, op. cit. t. I, No. 66, pp. 565-568; No. 69, pp. 597-600

بالضرورة — فى اعفائها من سلطان الأثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للأثر المستمر للقانون القديم استثناء . أما حيث تستقل الارادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فان هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت ارادات الأفراد ، مما تنتفى معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للأثر المباشر للقانون الجديد ؛ فلا يوجد حينئذ حرج فى استمرار خضوعها — بعد نفاذ القانون الجديد — لسلطان القانون القديم . والبصر بذلك يقود الى التفرقة بين العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى (Le statut légal) «١» . فحيث يتعلق الأمر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة — فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها — بالقانون الجديد طبقا لقاعدة أثره المباشر ، دون أن يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر من الخضوع للأثر المستمر للقانون القديم . وبذلك ينحصر الأثر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث لا يتعلق الأمر بنظام قانونى معين «٢» .

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 86, p. 106

(٢) يعتبر الأستاذ « روبييه » القانون متعلقا بنظام قانونى اذا كان يواجه مراكز قانونية لها أساسها المادى والواقعى بوجه ما من الأشخاص والأشياء ، ويقيم مباشرة على هذا الأساس شبكة من السلطات والواجبات تهم الكافة ، كالزواج والتبنى والملكية . وعلى العكس من ذلك ، يكون القانون عقديا غير متعلق بنظام قانونى اذا كان يواجه مركزا له أساس مجرد بوجه ما ، بمعنى انه تنشأ حول الشبكة المتقدمة مجموعة من الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد تكون لهم الحرية فى تحديدها ولا تهم غالبا غيرهم .

فالأساس اذن هو النظام القانونى الذى تتجمع حوله أو تقوم عليه روابط قانونية معينة تتمثل فى المراكز العقدية . لذلك يكون طبيعيا ، والنظام القانونى هو المركز القانونى الأساسى والمراكز العقدية هى المراكز المبنية فوقه ، ان تتأثر هذه المراكز بكل ما يصيب النظام القانونى من تعديل ، فتخضع العقود الجارية حتما للقانون الجديد وسلطانه المباشر ، اذ لايتصور حينئذ بقاؤها على النظام القديم والا اصبحت معلقة فى الفضاء بعد ان انهار هذا النظام او تغير . اما اذا لم يكن القانون الجديد متعلقا بنظام قانونى بل كان مجرد « قانون عقدى » (Loi contractuelle) تتحدد الأوضاع التى يواجهها بارادة المتعاقدين أساسا، —

وعلى ذلك ، يكون اعمــال قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد أو اعمال الاستثنــاء الوارد عليها بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتهنــا بوجود أو عدم وجود نظام قانونى ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة آمرة لتعلقه بالنظام العام والآداب • فتظل العقود خاضعة ـ فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها ـ للقانون القديم وحده ، حتى ولو كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظــام العــام والاداب «١» ، طالما أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيــا أى طالما أنه يقتصر على دائرة العقــود ويخاطب أطرافهــا بوصفهم متعاقدين فحسب •

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحــد الأقصى للفائدة الاتفاقية بالنظــام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة فى ظل قانون قديم على أساس ما كان يقــرره من حد أقصى مرتفع «٢» ؛ فتظل هذه الفــوائد واجبة الدفع ـ بعد نفــاذ القــانــون الجــديــد وتخفيضــه حدهــا الأقصى ـ على أســاس الحــد الأقصى

ـ أيا كان مدى سلطانها ضيقا أو اتساعا ، فلا سلطان له على العقود المبرمة قبل نفاذه والجارية فى ظله ، بل تبقى هذه العقود محكومة ـ بعد نفاذه ـ بالقانون الذى ابرمت فى ظله . (انظر Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 122-124)

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 620-623; t. II, No. 84, p. 78 et s., No. 87, pp. 120, 121.

ومع ذلك ، ينسب بعض الفقهــاء (عبد الفتــاح عبد البــاقى ، المرجع الســابق ، فقرة ١٨٥ ، ص ٢٥٦) الى الأستاذ « روبييه » عكس هذا الراى ، رغم انه قد ناقش طويلا الراى القائل بوقف الأثر المستمر للقانون القديم فى شأن العقود اذا كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظام العام ، وانتهى الى القطع برفض هذا الراى . (انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 115-135)

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد القانونية على الديون ـ حتى العقدية ـ الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ . اذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقود او قاصرا عليهــا ، بل هو يخص كل حقوق الدائنية أيا كان مصدرها عقديا او غير عقدى ، فيكون لذلك متعلقا بالنظــام القانونى للالتزامــات . (Roubier, op. cit. t. II, No. 78, pp. 21-23; No. 87, p. 120)

القديم «١» ، لأنه الحد الذى كان مشروعا وقت انعقـاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما فى آثارها المستقبلة بالقانون الذى تكونت فى ظله رغم صـدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظـام قانونى . ولا يوجد هنا نظام قانونى ، اذ لا يهدف القانون الجديد الا الى تحديد الاتفاقات العقديـة الممكنـة والحد من سلطان المتعاقدين فى هذا الشأن ، فهو محصـور اذن فى نطـاق العقد ويخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب «٢» .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول بأثرها المباشر كل زواج قائم عند نفاذها ولو كان معقودا قبله ، دون أن يتأتى استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الأزواج انما تستند الى عقود ماضية ، والعقود تخضع — حتى فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها — للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله . ذلك أن الأمر هنا يتعلق بنظام قانونى معين هو نظام الزواج . وهو نظـام مـوحد يفرضـه القـانون دون اعتداد بارادة الأفراد ؛ اذ ليست ارادة الزوجين هى التى تحـدد فى عقد الزواج آثاره من حقـوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الارادة فى الواقع من سلطان الا مجرد التراضى على اختيـار الدخول فى النظام القانونى للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحـديدهـا «٣» . فمـركز الزوجين اذن ليس عقـديا بالمعنى المفهوم الذى تستقل الارادة بتنظيمه وتحديد آثاره ، نظرا لتعلقه بنظـام

---

(١) بل ويذهب الأستاذ « روبييه » الى حد القول بأن سريان القانون الجديد على الفوائد الاتفاقية المستحقة بعد نفاذه هو سريان رجعى ، وان تكن رجعيته مخففة (rétroactivité tempérée) ؛ لأنه بذلك انما يعيد النظر فى الواقع فى تكوين العقود المقررة لهذه الفوائد والتى ابرمت فى ظل القانون القديم ، اذ يرجع الى المـاضى ليصل الى أن يشل جزئيـا شرطـا كان صحيحا وقت اشتراطه . (Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544; t. II, No. 84, pp. 80, 81).

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624; t. II, No. 87, p. 120

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 69, p. 598; No. 70, pp. 602, 603, 605; t. II No. 88, p. 122.

قانونى موحد لايكون العقد الا شرطا لدخولهما فيه وخضوعهما لأحكامه .
لذلك يكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ، ما دام الزواج — وهو نظام قانونى — يفترض الوحدة ؛ ولا وجه فى الأصل لتجويز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالحقوق العينية ، فالأصل أن القانون يعددها على سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لأصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات . وكذلك فاذا كان لارادة الأفراد من سلطان فى هذا الشأن ، فهو سلطان التصرف بانشاء أو نقل أو انقضاء هذه الحقوق ، لا سلطان تنظيم ما يتفرع عنها من مركز قانونى «[1]» . فالأمر اذن يتعلق بنظام قانونى هو نظام الحقوق العينية ، ولا يكون للعقود التى يبرمها الأفراد من دور فى هذا الشأن الا مجرد تقرير الدخول فى هذا النظام كما يحدده القانون . فالعقود الناقلة للملكية أو المقررة لحق الانتفاع لا ينظم المتعاقدان فيهما حق الملكية أو حق الانتفاع أو يحددان آثاره ، وانما يقتصران على نقل الملكية من أحدهما الى الآخر أو على تقرير الانتفاع لأحدهما اقتطاعا من حق ملكية الآخر ، بحيث يدخل من انتقلت اليه الملكية أو تقرر له الانتفاع فى النظام الموحد الذى يضعه القانون لهذه الحقوق ، ويخضع لأحكامه . ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطل من هذا السريان لحساب الأثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت أو تقررت لبعض الأشخاص بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ؛ اذ الأمر ليس أمر عقود ، بل هو أمر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى القوانين المتعلقة بالعملة أو النقد فى الدولة ،

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 606

والقوانين المتعلقة بالضرائب ، وقوانين العمل ؛ فهى تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى . ذلك أن هذه القوانين لا تواجه فى الواقع مراكز عقــدية ، اذ هى لا تقتصر على دائرة العقود وحدها أو تخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب ، وانما هى تتعلق بنظم قانونية معينة كالنظام النقدى والنظام الضريبى ونظام العمل ؛ وهى نظم موحدة تجاوز دائرة العقود وتخاطب الأفراد بوصف آخر غير وصفهم كمتعاقدين ، فقوانين العملة تخاطبهم بوصفهم أفرادا فى الدولة ، وقوانين الضرائب تخاطبهم بوصفهم مولين ، وقــوانين العمل تخــاطبهم بوصفهم عمالا أو أرباب أعمــال .

ولذلك فالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملــة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلة لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القــانون الجديد بعددهــا وقيمتهــا الحسابية رغم ما قرره القانون الجــديد من الهبوط بقيمتهــا الحقيقيــة . والقانون الصــادر بفرض سعر الزامى للعملــة الورقية يسرى بأثر مباشر على الآثار المستقبلة للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشترطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل يجب أن تسرى بأثر مباشر ــ لتعلقها بنظام قانونى هو نظام العمل ــ على الآثار المترتبــة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ ، ما دامت تخاطب العمال وأرباب الأعمــال بوصفهم المهنى لا بوصفهم التعاقدى »[1] .

والخلاصــة من فقه النظرية الحديثة : أن القانون الجديد ، من ناحية ، ليس له أثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو

---

(1) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 126-133

انقضــاء مراكز قانونية، أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ؛ ولا استثنـــاء من ذلك الا بنص تشريعى صريح أو بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق؛ ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بارادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلة وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله. وواضح أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج — فى شأن المراكز غير العقدية — على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانـــون القـــديم «١» ، أو الخروج — فى شـــأن المراكز العقدية — على مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم واخضاعهـــا للأثر المباشر للقانون الجديد «٢» .

٢٠٤ — تقدير النظرية الحديثـة

لعل مما يحمد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ؛ وهى تلك التفرقـــة التى غفلت عنها وعن أهميتهـــا النظريـــة التقليدية ، فحدث بذلك من اعمـــال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلة ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفهـــا قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها «٣».

وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة قد يساعد على تبرير ، ما كانت تقصر عن تبريره النظريـــة التقليديـــة خاصـــة ، من ضرورة عـــدم مســـاس القـــوانين الجديدة — فى شـــأن

---

(١) Roubier, op. cit. t. I, No. 73, pp. 629, 630

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618

(٣) راجع سابقا ، ص ٤٢٧ — ٤٢٩ .

ما تدركه من مراكز قانونية ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء ـ بما اجتمع أو توافر فى الماضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لا تؤلف الحق المكتسب الذى يعتبر المساس به هو الرجعية عند النظرية التقليدية «١» .

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها ـ وهى بسبيل وضع الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم ـ قد عمدت الى اقامة تفرقة بين المركز العقدى المحض وبين النظام القانونى . وهى تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها ، وتجعل حلول التنازع الزمانى فى هذا الشأن قلقة غير مستقرة «٢» .

ومن الأمثلة على ذلك ما يعيبه الأستاذ « روبييه » على قضاء محكمة النقض الفرنسية من تطبيق القانون القاضى بابطال الشروط التى تحد من ميعاد الاخطار عند انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالارادة المنفردة تطبيقا بأثر مباشر ابتداء من نفاذه على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ . فهو يرى أن هذا القانون متعلق بمركز عقدى لا بنظام قانونى لأنه يخاطب العمال وأرباب الأعمال بوصفهم التعاقدى لا بوصفهم المهنى ، فلا يتعلق اذن بنظام المهنة أو نظام العمل وانما يتعلق بالعقد نفسه «٣» ؛ ولذلك كان ينبغى اطراح تطبيقه منذ نفاذه على العقود السابقة وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم الذى أبرمت هذه العقود فى ظله . ولكن كيف يمكن فى مسائل العمل بالذات فصل المركز العقدى عن النظام القانونى للعمل ، وعلاقات العمل تقوم أساسا على العقد ؟ . وماذا يمنع فى المنطق

---

(١) راجع سابقا ، ص ٤٢٦ و ٤٢٧ .

(٢) قرب من ذلك :

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ ، ص ٢٥٧ .

(٣) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 132, 133

من القول بأن اهدار سلطة المتعاقدين فى الحد من ميعاد الاخطار عند انهاء عقد العمل بالارادة المنفردة يتعلق بنظـام العمل نفسه ، ما دام مؤسسـا ــ على حد قول محكمة النقض الفرنسية «١» ــ على أسس من الصـالح الاجتمـاعى وحماية العمل ، مما ينبغى معه تقرير سريان النص الخاص به سريانا مباشرا ابتداء من نفاذه ؟ .

ولعل عدم انضباط التفرقة التى يقيمها الأستاذ « روبييه » بين المركز العقدى والنظام القانونى ، هو الذى حدا ببعض أنصار نظريته الى العدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبـدأ الأثر المستمر للقانون القديم فى شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها. وهم فى ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها ــ رغم تحاشيها التصريح ــ ان استمرار سريان القانون القديم فى شأن الآثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العـام . ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى بذلك مفهومها فى شأن القوانين الآمرة التى ينعدم سلطان ارادة الأفراد ازاءها ، وانمـا يحصرون فكرة النظام العام ــ فى مجال مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان ــ فى نطاق خاص محدود «٢» ، يتعين بقوانين النظام العـام ذات الأهمية القصوى والخطورة البالغـة التى يكون فى استمرار ابقاء العقود المـاضيـة الجارية محكومة بالقانون القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر

---

(١) راجع فى الاشارة الى ذلك :
Roubier, op. cit., t. II, No. 88, p. 132.

(٢) — Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, No. 247. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. — De La Morandière, L'ordre public en droit privé interne, Etude Capitant, notamment pp. 400, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 183. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 314.

وانظر فى الأخذ بهذا المعنى فى القانون المصرى :
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٤ ــ ١٦٦ .

جسيم جدى نظـام الجماعة العام نفسه «١» .وهذا ما يعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العـام التى يجب سريانها فور نفاذها بأثر مباشر حتى على الآثار المستقبلة للعقود المـاضيـة هى قوانين النظـام العـام التى تحمى مصلحـة عـامـة ، دون غيرهـا من قـوانين النظـام العـام الأخرى التى لاتحمى الا مجرد مصلحـة خاصـة «٢» .

ولكن التفرقـة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لاتزيد الأمر وضوحا أو تبدد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقتها : اذ تجعل قوانين النظام العام درجات تتفاوت من حيث الأهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفـة باختلاف المصالح التى تحميها ، رغم استعصاء الفصل بين المصلحة العامـة والمصلحة الخاصة نظرا لاختلاطهما فى أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها ــ حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال حمايـة بعض المصالح الخاصة ــ تتعلق بأسس رئيسيـة فى بناء الجماعة تعلقا يحتم منع كل مخالفة لها .

---

(١) H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148

ولكن يراعى أن ثمة خلطا عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المتعلقة بالنظام العـام على الآثار المستقبلة للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سريانا مباشرا أو سريانا رجعيـا .

انظر ، فى اشارتنا الى اعتبارهم هذا السريان رجعيا ، سابقا هامش (١)، ص ٤٢٣ .

(٢) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48

وقد سبق أن اشرنا الى ان استاذينا السنهورى وابو ستيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أسـاس اعتبـار سريان قـوانين النظـام العـام التى تحمى مصلحة عامة سريانا رجعيا استثناء لاسريانا مباشرا (انظر سابقا ، هامش (١) ص ٤٢٣ و ٤٢٤) .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة — كسابقتها — الى ما يشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلة للعقود ، اذ تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل. وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعين على تحقيق ما يجب من تحديد واستقرار لحلول مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ؛ فتلك اذن منطقة فراغ فى بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة أنها تعتبر — كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب — القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع أن لارجعية فى الأمر ، لأنه لا يوجد تنازع حقيقى بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان فى الزمان «[١]» . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيرا لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أى انها ليست بقاعدة تعقبها فى الزمان لتغير من حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هى لاتتغير بصدور القاعدة التفسيرية ، وانما الذى يتغير هو تفسيرها فقط ؛ وليس فى تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا فى الرجوع عن تفسير سبق بشأنها — سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضى — أى أثر رجعى ، لأن القاعدة التى تطبق واحدة هى القاعدة القديمة ، وان يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

٢٠٥ — النظريات الفقهية واحكام القضاء فى مشكلة التنازع الزمانى

تلك هى النظريات الفقهية فى تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان . ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فان

---

(١) انظر فى الاشارة الى انصار هذا الرأى :

Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 469 et note (1)

الحلول العملية التى تنتهى اليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملى بينها اذن ليس كبيرا ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها فى تكييف هذه النتائج. ومرد ذلك الى أن هذه النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير أحكام القضاء فى شأن التنازع بين القوانين فى الزمان ، فهى لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت فى تبرير ما وضعه القضاء منها فعلا وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصول عامة تحدد المدى الزمنى لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، فى تغليب أحد القانونين على الآخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من ناحية ، وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ؛ وهو يعتد فى ذلك بقصد المشرع الضمنى «[١]» وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

واذا كان القضاء ينأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية حول أصول حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين، فانه — بعد

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء الى تأييد اتجاه القضاء فى هذا الشأن ، اذ يرون فى مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين مشكلة تفسير أساسا ، بحيث يكون لارادة المشرع الضمنية فى حل هذه المشكلة — حينما تتخلف ارادته الصريحة — وزن أكبر من وزن الأصول والنظريات الفقهية فى هذا الشأن .
(انظر : Beudant et Béquignon - Lagarde, op. cit., t. I, No. 234)

ويرى البعض منهم أن البحث عن ارادة المشرع يعنى البحث عن الشعور العام السائد بشأن مدى مناسبة تطبيق قانون جديد معين على المراكز القانونية الجارية ، وهو ما يقود فى نظرهم الى حلول مرضية تفضل الحلول التى تقوم على أسس وتقسيمات نظرية مجردة ، فانه اذا كان الأخذ بهذا الاتجاه يعنى اعترافا بالعجز لدى الفقهاء الحريصين على وضع قواعد وأصول عامة ، الا انه هو الاتجاه المحتوم للوصول الى الحلول التى تحقق العدل والأمن الاجتماعى ، اذ ليس القصد هو وضع قواعد بأى ثمن وانما القصد هو وضع قواعد مرضية . (انظر : Esmein, op. cit., pp. 172, 173)

أن استقرت النظريات الفقهية فى هذا الشـــأن ـ كثيرا ما يتأثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصـــول بل وبما تستعمل من اصطلاحات ، فيلجأ اليها ـ على الأقل ـ لتأييد أحكامه واسنادها •

وعلى أى حال ، فقد يغنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد فى حل التنازع بين القوانين فى الزمـــان • فقد ينظم بنفسه فى قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القـــانون القديم ، فيضع لذلك أحكاما وقتية • وفضـــلا عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلا عاما فى هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزمانى بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصرى من حلول لهذا التنازع ستكون محل البحث فى المطلب الثانى •

٢٠٦ ـ الموجهات والأصول العامة فى حل مشكلة التنازع الزمانى

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقـــه النظريات المختلفة فى حل مشـكلـــة التنازع الزمانى بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص ـ على ضوء ذلك ـ الموجهات والأصول العامة التى نعتقد أنها حقيقـــة بحل هذا المشـكلـــة • وهى ترتكز على أسس ثلاثة : الأول ، يمنع سريان القانون الجديد سريانا رجعيا ؛ والثـــانى يفرض سريانه سريانا مبـــاشرا ؛ والثالث يرخص باستمرار سريان القانون القديم فى أحوال معينة •

أما فيما يتعلق بمنع السريان الرجعى للقانون الجديد ، فقـــد سبق أن رفضنـــا معيار الرجعيـــة الذى تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعيـــة الذى يقدمه « ديجى » على أنه المساس بمركز قانونى شخصى ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة فى تحديد معنى الرجعية ، فنقرر على ضوئه أن القانون الجديد لا يملك اعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز

قانونى أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونيــة معينة .

وأما فيما يتعلق بالسريان المباشر للقانون الجديد ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث فى ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جذوره ترجع الى المــاضى . فهو يخضع لسلطانه المباشر المراكز القانونية التى يدركها وهى ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبــة لما يتوافر فى ظله من العناصر التى يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلة التى تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانونى سابق .

وأما فيمــا يتعلق بالسريان المستمر للقانون القديم ، فمن المتفق عليــه انصرافه الى الآثار المستقبلة للعقود والى طرق انحلالها التى لاتعدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهى حول تحديد مدى هــذا السريان ، ورفضنا التفرقة التى يقول بها « روبييه » فى هذا الشأن بين المركز العقدى والنظــام القانونى ، وكذلك التفرقة الأخرى ـ التى حاول بعض أنصار النظرية الحديثة احلالها محل تفرقته ـ بين قوانين النظام العام بحسب درجــة أهميتهــا وخطورتهــا أو بحسب طبيعة المصلحــة التى تتصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب اطلاق السريان المباشر للقانون الجديد فى هذا الشــأن . واذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقــانون القديم فى استمرار السريان فى شأن الآثار المستقبلــة للعقود ، فما ذلك الا لأن العقود ـ وهى تقوم على مبدأ سلطان الارادة ـ تستعصى على الوحدة بما تفترض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من اعمــال الأثر المبــاشر للقانون الجديد هى وحدة النظم القانونية فى شأن المراكز القانونية المتماثلة .

واذا كان تقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون فى شأن الآثار المستقبلــة للعقود ليس الا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ،

فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود الحكمة من تقريره دون توسع في مداه على حساب هذه الحكمة •

ومن هنا ، يكون من الطبيعي — في رأينا — وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة الى السريان المباشر للقانون الجديد، حينما يتعلق الأمر — في شأن الآثار المستقبلة للعقود — بقواعد قانونية موحدة يمتنع أمامها الخلاف والتعدد الذى هو الأصل في المراكز والآثار العقدية ، وهو ما يتحقق اذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام • اذ وجود مثل هذا القانون يعنى انعدام سلطان الارادة في مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالي — في حدوده — الى ضرب من الوحدة والتماثل ؛ وهو ما تنتفى معه أية حكمة في تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة الى الآثار المستقبلة للعقود المبرمة في ظله ، وما يتعين معه الرجوع الى الأصل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة ، خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام يفيد تعلقه ببعض الأسس الرئيسية في بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة في الماضى •

ولذلك اذا كان للقانون القديم سريان مستمر في شأن الآثار المستقبلة للعقود المبرمة في ظله ، فان هذا السريان يجب أن يقف اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام • ويبدو أن هذا الرأى يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء «[١]» • بل انه هو الرأى الذى كان يأخذ به المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد صراحة ، حيث كان ينص في المادة السابعة منه على أنه « اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه

---

(١) انظر في ذلك :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ • — محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٨ •

وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب » «[١]» . وهو كذلك الرأى الذى تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية «[٢]» .

وعلى هذا الأساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية بما له من أثر مباشر على الآثار المستقبلة للعقود الجارية والمبرمة فى ظل القانون القديم، فيصح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية، بماله من أثر مباشر، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الأساس الجديد المخفض «[٣]» . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الآثار المستقبلة لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ؛ وهذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٤ .

واذا كان هذا النص لم يظهر فى التقنين ، فلأنه عدل من بعد فى لجنة المراجعه تعديلا اغفل الجوهرى فيه فى شأن حكم الآثار المستقبلة للعقود الجارية، بحيث اصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والآداب منه ؛ وهو مارؤى معه عدم الحاجة اليه « اكتفاء بالأحكام الواردة فى الدستور والقوانين الخاصة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢١٦ و ٢١٨) .

(٢) أنظر بصفة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض س ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ . — نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ٣٣ ، ص ٢٤١ .

(٣) انظر فى هذا المعنى :

احكام النقض المشار اليها فى الهامش السابق ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ .

ما صرح به المشرع المصرى فعلا فى شأن قانون عقد العمل الفردى «[١]» .

يخلص اذن مما تقدم أن الموجهات والأصول العامة التى تقرها لحل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين تنحصر فيما يلى :

(١) ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، يملك بمقتضاه اعـادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونيـة .

(٢) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التى لا تزال فى دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المســاس بما تـوافر فى الماضى من عناصر هذا التكوين أو الانقضـاء ، وكذلك الآثار المستقبلـة للمراكز القانونيـة المـاضيـة .

(٣) للقانون القديم أثر مستمر فى شأن الآثار المستقبلة للعقود المبرمة فى ظله ، الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب فيسترد سلطانه المباشر فى حكمهـا .

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الأصول : اما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القـديم حيث يجب اعمال قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد حيث يجب اعمـال الأثر المستمر للقانون القديم .

---

(١) م ٥٠ من المرسـوم بقانون رقم ٣١٧ لسـنـة ١٩٥٢ بشـأن عقـد العمل الفردى .

المطلب الثانى

الحلول العامة التشريعية لبعض مشاكل التنازع الزمانى

٢٠٧ ـ تمهيـد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزمانى الهامة ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلهـا . ولكنه لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وانما وزعها على التقنينات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل : فنجده يعرض فى التقنين المدنى لحل مشاكل التنازع الزمانى بين القـوانين فى مسائل الأهلية والتقـادم والاثبـات ، ويعرض فى تقنين المرافعات لحل مشاكل التنازع الزمانى فى مسائل الاختصـاص والاجراءات ، ويعرض فى تقنين العقوبات لحل مشاكل التنازع الزمانى فى مسائل الجريمة والعقوبة . فنتتبع هذه الحلول التشريعيـة فيما يلى :

٢٠٨ ـ التنازع الزمـانى بين قـوانين الأهليـة

تنص المـادة السـادسـة من التقنين المدنى الجـديد على ما يأتى :

« ١ ـ النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص . ٢ ـ واذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فان ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقه » .

وهذه المـادة تتعرض لحل التنازع بين القوانين المتعاقبة فى مسائل الأهليـة . فقد يرفع القانون الجديد سن الرشد أو يخفضه ، وهنا يقوم التنازع بينه وبين القانون القديم حول أمرين : الأول ، هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشدا أو قاصرا فى ظل القانون القديم ومازال عند نفاذ

القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة . والثانى ، هو معرفة قيمة التصرفات التى صدرت من هؤلاء الأشخاص فى ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع فى ظل القانون الجديد .

(١) **أهلية الشخص** : الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى — فى الأمر الأول الخاص بتحديد المركز القانونى للشخص من حيث أهليته — هو سريان القانون الجديد . فادا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فان كل من لايزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة فى ظل القانون القديم . وادا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فان كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا ، يعتبر راشدا فور هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا فى ظل القانون القديم .

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء فى حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع من سريان القانون الجديد ، أو فى حال رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب فى بلوغ سن الرشد أمام قوانين الأهلية نظرا لتعلقها بالنظام العام «[1]» . وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجى » فى حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من

---

(١) يبدو أن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد تأثرت بذلك، حيث تذكر أن «تحديد أهلية الاداء — وهى صلاحية الالتزام بالتصرفات الارادية — يراعى فيه حماية فريق من الأشخاص ، وهذه الحماية أمر يتعلق بالنظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ، ص ٢١٥) .

حيث الأهليـة هو مركز قانونى موضوعى يملك القانون دائما تعديلـه دون أن يوصف لذلك بالرجعيـة .

أما فى فقه النظريـة الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه فى حـال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد فى ظل القانون القديم ، فيملك القانون الجديد تقرير انقضـائه ابتـداء من يوم نفاذه ؛ فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، ما دام يقتصر على اعتبار القاصر رشيدا بالنسبة الى المستقبل أى منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضـة اذا كان قد بلغها قبل هذا النفـاذ فى ظل القـانـون القـديم «[1]» .

أما فى حال رفع سن الرشد ، فيذهب الأستاذ « روبييـه » الى أن القانون الجديد لا يملك اعادة من كان معتبرا راشدا فى ظل القـانـون القديم قاصرا من جديد «[2]» ، على أسـاس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد فى ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعيـة اعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضـاء «[3]» ، وان كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم انصرافها الا الى المستقبل وحده ابتـداء من نفـاذ القـانون الجـديد «[4]» . وقـد تأثر واضع المـذكرة

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 105, p. 297

(٢) ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك — دون رجعية — ابقـاء من كان معتبرا قاصرا فى ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتفعة المحـددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قـد انقضى فى ظل القـانـون القـديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضـاء (Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387)

(٣) Roubier, ibid., t. II, No. 105, pp. 298-303

وانظر كذلك فى نفس المعنى : Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 298.

ولكن انظر فى انتقـاد هذا الراى :

Esmein, op. cit. p. 90.

(٤) Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544

الايضاحية لقانون المجالس الحسبية الصـــادر سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحاديـــة والعشرين بهذا الرأى ، اذ ذكر أن الحكم المتعلق برفع سن الرشد الوارد فيه « لاينطبق على الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمـــانى عشرة المحددة لانتهـــاء الوصاية بمقتضى القـــانون القـــديم ، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا » «[1]» .

ولكننا لا نرى فى حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى من اعادة من كان معتبرا راشدا الى حالـــة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضى برفع سن الرشد . اذ لم لا يقال ان انقضـــاء مركز القاصر فى ظل القانون القديم قد أدى الى تكـــوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وان هذا المركز من المراكز المستمرة التى تظل جاريـــة فى الأصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القـــانون الجديد ــ احتراما لسلطانه المباشر ــ من تناول هذا المركز والمســـاس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس الى الماضى بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه ؟ .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصرى من تطبيق القـــانـــون القاضى برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشدا فى ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعى لأنه ينصرف الى المستقبل وحده دون المســـاس بمركز الرشد فى المـــاضى . وهو ــ فضلا عن ذلك ــ الرأى الذى يؤيده كثير من الفقهـــاء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرة للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٥ .

وقد ذهب بعض الفقهـــاء المصريين حينئذ الى تأييد هذا الراى ، انظر فى ذلك :

عبد الفتاح السيد ، حول الاثر الرجعى لقانون المجالس الحسبية الجديد ، المحاماة ، السنة السابعة ، ص ١٦٩ وما بعدهـــا .

الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها «١» .

(٢) **تصرفات الشخص** :أما الحل الذى أخذ به المشرع المصرى فى الأمر الثانى الخاص بتصرفات الشخص فى ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها ، أى تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للابطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد .

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أيا كان مفهوم الرجعية ، فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجى » على أساس عدم المساس بالأعمال الماضية، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

٢٠٩ ـ التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الأصل أن القانون الجديد هو الذى يسرى بشأن التقادم ــ المكسب أو المسقط ــ الذى لم يكتمل بعد عند نفاذه ، اما لأن التقادم ــ مادام لم يتم ــ لايعطى المستفيد منه حقا مكتسبا بل مجرد أمل يجوز للمشرع الانتقاص منه أو المساس به كما ترى النظرية التقليدية ، واما لأن التقادم

---

(١) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josserand, op. cit., t. I, No. 83.

يتعلق — كما ترى نظرية « ديجى » — بمركز قانونى موضوعى فيخضع دائما لكل تعديل يأتى به القانون ، واما لأن التقادم لا يتم الا فى ظل القانون الجديد والعبرة تكون بالقانون الذى يتكون فى ظله المركز القانونى كما ترى النظرية الحديثة .

وعلى ذلك ، فالقانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم مايزال جاريا عند نفاذه ، اذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون — والا كان رجعيا — بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة .

(٢) انعدام الأثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة : نصت المادة ٧/٢ من التقنين المدنى على انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد فى شأن بعض العناصر المتعلقة بتكوين مركز التقادم ، بقولها ان « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » . وقد أشرنا من قبل الى اتفاق هذا الحل مع فقه النظرية الحديثة ، على اعتبار أن مايتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ؛ فلا يملك القانون الجديد — دون رجعية — المساس به أو الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه . ولذلك يكون الأصل — منعا للرجعية — هو خضوع التقادم الجارى ، عن المدة الواقعة فى ظل القانون القديم ، لأحكام هذا القانون وحده من حيث البدء «[1]» والانقطاع والوقف ومختلف

---

(١) انظر مع ذلك مايراه الأستاذ «روبييه» من معاملة نقطة بدء التقادم =

الشرائط والعناصر الجوهرية الأخرى •

(٢) **الأثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة** : نصت المادة ١/٧ من التقنين المدنى على مبدأ الأثر المبـاشر للقانون الجديد فى مسائل التقادم بقولها « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » • وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ فى شأن مدة التقادم ، ولكنه يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى •

١ ــ **شروط التقـادم** : الأصل هو سريان القانون الجديد المعـدل لشروط التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار • فتغيير القانون الجديد قابلية الحق للتقادم مثلا يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى• فالقانون الذى يجعل حقـا أو مالا غير قابل للتقـادم بعـد أن كان قابلا له ينهى فور نفاذه التقادم الجـارى فى شأنه • والقـانون الذى يخضع للتقـادم حقـا أو مالا كان غير خاضع له من قبل يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقـادم فى شأنه منذ هذا النفاذ لا قبله «١» •

واذا أضـاف القانون الجديد شروطـا جديدة للتقادم أو تشدد فى بعض الشروط القديمة ، فالأصل ــ اعمالا لمبدأ الأثر المباشر للقـانون الجديد ــ هو استلزام ما يتطلبـه هذا القانون منها بالنسبـة الى المستقبل وحده أى ابتداء من نفاذه ، وهو ما يقتضى امكان الفصل بين ما يجرى من التقـادم فى ظل القانون القديم وما يجـرى منه فى ظل القانون الجديد ، بحيث يظل كل قسم محكوما بشروط القانون السائد وقت جريانه • ولكن حيث يتعـذر مثل هذا الفصل والتقسيم اذا تعلق الأمر بشروط ينبغى أن

= نفس معاملة مدته ، فيكون القانون المؤخر نقطة بدء التقادم فى حكم القانون الذى يطيل مدته والقانون المعجل لها فى حكم القانون الذى يقصر مدته .
(Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 245)

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237

تصحب التقادم من ابتدائه الى نهايته ، فان ذلك يؤدى الى انهــاء التقادم الذى ابتدأ جريانه من قبل ؛ كأن يقتضى القانون الجديد حسن النية كشرط اضــافى ، فلا يتصــور استمرار ما ابتــدأ من تقــادم لصــالح شخص سىء النيــة «[١]» .

وأما اذا انتقص القانون الجديد من شروط التقادم أو يسر منها، فان التقادم الذى لم يكن ممكنا جريانه فى ظل الشروط القديمة ، يبتدىء فى الجريان منذ نفاذ القانون الجديد ووفقــا لأحكامه ، دون أن يمكن اضافة أية مدة سابقــة على هذا النفاذ حيث لم يكن التقادم ممكنا جريانه لعدم توافر ما يتطلبه القانون القديم حينئذ من شرائط «[٢]» .

٢ ــ **مــدة التقــادم** : مقتضى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو اخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة . ولاصعوبة فى تطبيق ذلك **اذا كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم** ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم «[٣]» . فاذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدئهــا بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدىء فى القــانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد .

وأما فى حال **تقصير القــانون الجديد مــدة التقادم** ، فالأصل ــ اعمالا للأثر المباشر لهذا القــانون ــ وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا باسقاط ماسبق جريانه من مدة فى ظل القــانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدى اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :
Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 239, 240.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, 99, p. 240

(٣) Roubier, op. cit., t. II, 99, p. 242

الجديد بذلك أثرا رجعيا لا يملكه «١» . ولذلك اذا وجب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغي سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لما جرى من مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » (م ٨/١ مدنى) .

ولكن لا يتأتى فى كل الأحوال اطلاق اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها الا منذ نفاذ هذا القانون ، اذ قد يؤدى ذلك بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد . لذلك يكون غير منطقى اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لايتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته ؛ وبذلك يحل الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد «٢» . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقى الذى تقرره كذلك النظرية

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242; t. I, note (I), p. 391

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل التقنين المدنى القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك لعدم امكان الغائها او اهدارها (انظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ رقم ٨ ، ص ١٦) .

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243

الحديثة «(١)» ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به (م ٨/١ مدنى) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » (م ٨/٢) .

فالأمر يتوقف اذن على قدر الباقى لاكتمال التقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقى أطول من المدة الجديدة بأسرها ، يصرف النظر عن المدة التى جرت من التقادم فى ظل القانون القديم ، وتفتتح مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الأساس القصير الوارد فيه . أما اذا كان الباقى أقصر من المدة الجديدة فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقى .

وعلى ذلك ، اذا كانت مدة التقادم فى الأصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات ، فلا اعتبار للسنة التى جرت من التقادم فى ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة فى الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الأساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . أما اذا كانت مدة التقادم فى الأصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أى بانقضاء الباقى حسب المدة المقررة فى القانون القديم .

---

(١) انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٤٨ .

انظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص فى وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ؛ هامش (١) ، ص ١٩٣ .

وانظر فى انتقاد هذا الراى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 243 et note (2)

ومن أمثلة النصوص المقصرة لمدة التقادم التى تتيح تطبيق هذه الحلول : نص المادة ١٤٠ من التقنين المدنى الجديد على سقوط الحق فى ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات من وقت استكمال الاهلية فى حال نقص الأهلية ، ومن وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الاكراه فى حال عيب الرضا بأحد هذه العيوب ، فقد كانت مدة السقوط فى التقنين المدنى القديم خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد «[1]» . وكذلك نص المادة ١/١٧٢ من التقنين المدنى الجديد على سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، بعد أن كانت مدة السقوط خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع فى ظل التقنين المدنى القديم «[2]» . وكذلك نصوص المواد ١٨٠ و ١٨٧ و ١٩٧ من التقنين المدنى الجديد على سقوط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب ودعوى استرداد ما دفع بغير حق والدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المفتقر أو من دفع غير المستحق أو الفضولى أو رب العمل بحقه ، بعد أن كانت مدة السقوط خمس عشرة سنة من وقت نشوء الحق فى ظل التقنين المدنى القديم .

٢١٠ ـ التنازع الزمانى بين قوانين الاثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدنى الجديد على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه

---

(١) انظر فى السريان الزمانى لهذا النص :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ٣٢٣ . ـ حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠ . ـ انور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٥ .

(٢) انظر فى السريان الزمانى لهذا النص :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٢٦ . ـ أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٤٨٤ .

الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده » .

ويعرض هذا النص لنوع معين من الاثبات هو « الاثبات أو الدليل المهيأ » (preuve préconstituée) ، أى الدليل المعد أو الواجب الاعداد قبل أى خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغى تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لاثباته . فهو اذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز — فى شأن تكوين المركز القانونى — تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذى يتم فى ظله تكوين المركز القانونى هو الذى يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ »(١) . وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى . فمن الرجعية — وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة — اعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى اثباته .

واذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان واجب الاعداد فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ؛ ففى الحالين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده »(٢) .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 454

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455; t. II, No. 83, p. 72,

ومع ذلك ، يذهب بعض فقهاء النظرية التقليدية خاصة الى التفرقة بين الحالتين ، والقول بأنه حيث يتطلب القانون الجديد دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، فلا سريان له على التصرفات والأعمال الماضية والا كان رجعيا لمساسه بما للدائن من حق مكتسب . أما حيث يلغى القانون الجديد ماكان يتطلبه القانون القديم من دليل مهيأ ، فيجب سريانه حتى على التصرفات السابقة ، اذ لايمكن القول بأن للمدين حقا مكتسبا فى طريقة اثبات أشد ؛ فكل ما كان له فى ظل القانون القديم هو =

وعلى ذلك ، اذا كان القانون يتطلب الاثبات بالكتابة فى شأن التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ويكتفى بالاثبات بالبينة فيما دون ذلك ، فان التصرف الذى عقد فى ظل هذا القانون وكانت قيمته خمسة عشر جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون جديد يجيز الاثبات بالبينة فى التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها ، والتصرف الذى عقد فى ظل القانون القديم وكانت قيمته ثمانى جنيهات يظل جائز الاثبات بالبينة حتى بعد صدور قانون يتطلب الاثبات بالكتابة فيما تزيد قيمته من التصرفات على خمسة جنيهات .

٢١١ ـ التنازع الزمانى بين قوانين المرافعات

يقر تقنين المرافعات ـ كقاعدة عامة ـ انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات من ناحية ، وأثرها المباشر من ناحية أخرى .

(١) انعدام الأثر الرجعى لقوانين المرافعات : تشير الى هذا الأثر الفقرة الأولى من المادة الثانية من تقنين المرافعات بقولها : «كل اجرا من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم فى ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهى تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة مثل هذه الاجراءات. ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانون القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى ، وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام أثره الرجعى . وعلى ذلك ، فاذا كان

= مجرد امل فى ان يعجز الدائن عن الاثبات وفقا لهذا القانون فيكون بمنجى من مطالبته، فيملك القانون الجديد ـ دون رجعية ـ اهدار هذا الأمل بالاعفاء من الاثبات عن طريق الدليل المهيأ .

(انظر : Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, note (66)) p. 137 .

وانظر فى انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443-449.

تقنين المرافعات الجديد يستلزم ــ خلافا للتقنين القديم ــ اشتمال صحيفة المعارضة على أسبابها والا كانت باطلة ، فان صحيفة المعارضة التى تم اعلانها فى ظل التقنين القديم دون اشتمال على الأسباب تكون صحيحة وتظل كذلك لا يلحقها البطلان رغم حكم التقنين الجديد »(١) .

وكذلك فنفيا لرجعية قوانين المرافعات تنص م ٢/٢ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » . وعلى ذلك فاذا كانت المادة ٩١ من تقنين المرافعات الجديد تستحدث حكما مقتضاه اعتبار الدعوى كأن لم تكن اذا ظلت مشطوبة ستة أشهر دون تحريك ، فان هذا الميعاد منعا للرجعية ــ لايبدأ بالنسبة الى القضايا المشطوبة فى ظل التقنين القديم من تاريخ شطبها بل من تاريخ نفاذ التقنين الجديد »(٢) .

(٢) **الأثر المباشر لقوانين المرافعات** : تشير الى هذا الأثر المادة الأولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى »(٣) أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » .

---

(١) أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ١٤ .

(٢) قنا الابتدائية ٢١ اكتوبر ١٩٥٠ . أنظر فى الاشارة الية :
أحمد أبو الوفا ونصر الدين كامل ومحمد عبد العزيز يوسف ، مدونة الفقه والقضاء فى المرافعات ، ج ١ ، فقرة ٢٩ ، ص ٣٧ و ٣٨ .

(٣) يبدو ان المقصود بذلك هو استبعاد سريان قوانين المرافعات على الدعاوى التى فصل فيها بأحكام موضوعية ولو تكن نهائية رغم أن اطلاق مبدأ الأثر المباشر كان يقتضى اخضاع الدعاوى التى فصل فيها بأحكام موضوعية غير نهائية لسلطان قوانين المرافعات الجديدة (أنظر فى تبرير هذا الخروج على مفهوم الأثر المباشر وتقرير السريان المستمر للقانون القديم (Roubier, t. II, No. 142, p. 710) وهذا ماكانت تصرح به المادة ١٥ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بقولها « تسرى النصوص المتعلقة بالتنظيم القضائى وباختصاص المحاكم وما تقوم به من توجيه للاجراءات من وقت العمل بهذه =

ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم والتى لاتزال منظورة أمام القضاء • فاذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائيه الى جهة قضائيهآخرى، أو من محكمه الى محكمه اخرى فى نفس الجهة القضائيه، فيثبت الاختصاص للجهه القضائيه او المحكمه الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها فى ظل القانون القديم الى الجهة القضائيـه أو المحكمـة الأولى ، وما زالت منظورة امامها لم تفصل فيها بعد •

وتطبيقا للأثر المباشر لقوانين المرافعات ، نص القانون الصادر بالغاء المحاكم المختلطه على ان تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم المختلطـه عند حلول موعد الالغاء ، وبالحالة التى تكون عليها • وكذلك قضت المادة الرابعه من قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد بأن « على المحاكم الابتدائيه ان تحيل بدون رسـوم ومن تلقـاء نفسها مايوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص قاضى محكمة المواد الجزئيه بمقتضى أحكام هذا القانون ، وذلك بالحالة التى تكون عليها•• »• وكذلك قضت المادة الاولى من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليه باحالة الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ — وبدون رسوم جديدة — الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيهـا •

الخروج على الأثر المباشر لقوانين المرافعات: غير أن تقنين المرافعات قد أورد بضعة استثناءات على مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات (م ١/١

= النصوص على الدعاوى المنظورة التى لم يصدر فيها حكم فى الموضوع ،نهائيا كان هذا الحكم او غير نهائى (مجموعه الاعمـال التحضيريه للقانون المدنى ، ج ا ص ٢٢) • وهو كذلك التفسير الذى وافقت عليه لجنـة المرافعـات بمجلس الشيوخ بناء على ملاحظة المرحوم الدكتور محمد حامد فهمى (المدونة، المرجع السابق ، ص ١١). وهو كذلك ما يستقر عليه القضاء فى فرنسا ويؤيده الفقـه هنـاك (انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 142, pp. 707 - 710. — Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2ème éd. No. 19, p. 18)

و ٢ و ٣) . ومقتضى هذه الاستثناءات أن يستمر العمل بالقانون القديم ، فيكون له أثرمستمر رغم نفاذالقانون الجديد. وهذه الاستثناءات هي الآتية :

(١) لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى التى اقفل فيها باب المرافعة قبل نفاذها : اذا رفعت دعوى أمام محكمة مختصة ، وابتدأت المحكمة فى نظرها وأقفلت باب المرافعة فيها تمهيدا لاصدار الحكم ، ثم صدر بعد ذلك قانون ينزع الاختصاص بنظر مثل هذا النوع من الدعاوى من اختصاص تلك المحكمة ، فان هذه المحكمة تستمر لها رغم ذلك الولاية القديمة فتصدر الحكم فى الدعوى . ومرد هذا الاستثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم اعادة النظر فى نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

(٢)لاتسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات على ما بدا قبل نفاذها من مواعيد : اذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات «[١]» ، وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر ، بل يستمر الميعاد فى جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ جريانه فى ظله «[٢]» . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد

---

(١) والمراد ببداية الميعاد ـ كما تقول المذكرة الايضاحية لتقنين المرافعات ـ « الاجراء الذى منه يبدأ حساب الميعاد كما حدده القانون الذى بدأ فى ظله أيا كان الاجراء اعلانا أو ايداعا او غير ذلك . والمراد بالميعاد المعنى الأعم لهذه اللفظة ، فتشمل المواعيد المدد والآجال سواء أكانت مواعيد طعن أم آجال سقوط يجب ان تتخلل الاجراءات » .

(٢) وفى ذلك تقرر محكمة النقض انه « لما كان القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ـ الذى خول محكمة النقض بهيئة جمعية عمومية الاختصاص بالفصل فى الطلبات المقدمة من رجال القضاء والنيابة بالغاء المراسيم والقرارات المتعلقة بادارة القضاء ـ قد نص على ان يعمل به من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وكانت الجهة المختصة بنظر هذه الطلبات قبل صدوره هى مجلس الدولة ، وكان ميعاد الطعن امامه ـ وهو ستون يوما ـ قد بدأ قبل صدور القانون المشار اليه ؛ فان ميعاد الطعن الجديد ـ وهو ثلاثون يوما ـ لا يسرى فى حق الطالب عملا بالمادة الأولى من قانون المرافعات التى استثنت من حكم سريانه القوانين المعدلة للمواعيد متى كان ميعاد الطعن قد بدأ قبل تاريخ العمل بها . ولما =

فى نهايته على نفس الأساس الذى قامت عليه بدايته «[1]» .

(٣) لا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفـاذهـا : اذا صدر قانون ألغى طريقا من طرق الطعن كان موجودا ، أو أنشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الأحكام التى صدرت قبل نفاذه . وعلى ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق المعارضة يظل قابلا للمعارضة فيه رغم صدور قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن فى شأن مثل هذا النوع من الأحكام «[2]» ؛ والحكم غير القابل للطعن بطريق النقض لا يصبح قابلا للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض فى مثل هذا النـوع من الأحكام «[3]» .

= كان الطالب قد قرر طعنه قبل مضى ستين يوما من تاريخ نشر المرسوم المطعون فيه فى الجريدة الرسميـة ، فان الدفع بعدم قبوله شكلا لتقديمه بعد الميعاد القانونى يكون فى غير محله » (نقض ٨ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض (مدنى) ، السنة الثالثة ، ص ٧٣٦) .

(١) والمشرع بذلك يخالف القواعد الخاصـة بالسريان الزمانى للقوانين المطيلة او المقصرة لمدة التقـادم ، والتى كان يجب اعمالها فى شأن القـوانين المعدلة للمواعيد والمدد بوجه عام ، توحيدا للحلول القانونية فى صدد المشاكل المتماثلة (انظر : Roubier op. cit., t. II, No. 144, p. 730) . ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررهـا من قصر مواعيد المرافعـات بالنسبة الى مدد التقادم .

(٢) ومن قبيل ذلك ، ان الأحكام الصادرة فى ظل تقنين المرافعات القديم فى المواد المستعجلة أو المواد التى يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة تظل قابلة للطعن فيها بالمعارضة بعد نفاذ تقنين المرافعـات الجديد ورغم ما يقرره (م ٣٨٦) من عدم جوز المعارضـة فى مثل هذه الأحكام (انظر : احمد ابو الوفـا ، المرجع السـابق ، فقرة ١٢) .

(٣) ولذلك قضت محكمة النقض بأن « الأحكام الصادرة من محكمـة الاستئنـاف المختلطـة لايجوز الطعن فيها بطريق النقض على أساس أن قانون المرافعات المختلط ــ وهو الذى يحدد ما اذا كان الحكم الذى صدر فى ظله =

واذا كانت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من تقنين المرافعات تقرر عدم سريان القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها ، وتعتبر ذلك استثناء من مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات ، فيبدو أن هذا الاعتبار لا يصدق على اطلاقه فى كل الحالات . ذلك أنه اذا تعلق الأمر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشىء أو ملغ لطريق من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعى عـدم سريانها عليهـا ، بل يكون من الرجعية — أمام تمام تكوين المركز القانونى فى ظل القانون القديم — تقرير هذا السريان «[1]» . أما اذا تعلق الأمر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ مثل هذا القانون ، فمقتضى الأثر المباشر تقرير سريانه على مثل هذه الأحكام ، لأن المركز القانونى ما يزال جاريا لم يبلغ بعد تمام تكوينه ، ويكون استثناء حقيقيـا من مبدأ الأثر المبـاشر حينئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم «[2]» .

= يجوز الطعن فيه بطريق النقض أو لا — لم يكن يجيز الطعن بالنقض فى الأحكام المدنية الصادرة من المحاكم المختلطة . ولا يغير من هذا النظر ان مبنى الطعن هو أن الحكم المختلط المطعون فيه صدر على خلاف حكم نهائى سبق صدوره من محكمة وطنية ، متى كان الحكم المطعون فيه وقت صدوره غير جائز الطعن فيه بطريق النقض لأى سبب من الأسباب المنصوص عليها فى المادتين ٤٢٥ و ٤٢٦ من قانون المرافعات . ولهذا يكون المحكوم لهم بمقتضى الحكم المطعون فيه قد كسبوا حقا فى وضع قانونى لا يصح المساس به من غير نص صريح فى قانـون المرافعات الذى حل محل قانون المرافعات الملغى . ولما كان هذا النص لاوجود له ، فان الدفع بعدم جواز الطعن يكون فى محله (نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعـة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض (مدنى) ، السنة الثالثة ، رقم ٨٩ ، ص ٥٢٠) » .

(١) قرب من ذلك حكم محكمة النقض المذكور فى الحاشية السابقة .

(٢) ومع ذلك ، يذهب البعض الى اعتبار أن سريان القانون الجديد المنشىء أو الملغى لطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذه — نهائية كانت أو غير نهائية — هو سريان رجعى ، وأن منع هذا السريان هو محض تطبيق لمبدأ عدم الرجعية ؛ وذلك على أسـاس القول بأن قابليـة الحكم =

٢١٢ ـ التنازع الزمانى بين قوانين العقوبات

أشرنا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فللمشرع ـ اذا أراد ـ سحب القوانين على الماضى بنصه صراحة على ذلك . غير أن سلطته فى هذا الشأن معدومة فى مسائل العقوبات . فالقاعدة هى عدم رجعية القوانين الجنائية التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهى قاعدة تقيد المشرع كما تقيد القاضى ، فلا يملك المشرع ـ حتى بنص صريح منه ـ الخروج عليها . وقد حرص الدستور الجديد ـ كالدستور القديم ـ على النص على هذه القاعدة نصا صريحا (م ٣٢ و ١٨٦) كما سبق البيان «١» . وحرص تقنين العقوبات كذلك على تأكيدها بقوله « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » (م ١/٥) . والواقع أن هذه القاعدة ألزم ما تكون فى قوانين العقوبات خاصة ، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعا من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها «٢» .

= للطعن فيه أو عدم الطعن هى صفة ملازمة للحكم نفسه فتكون محكومة بالقانون الذى يصدر الحكم فى ظله .
(انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728)

(١) راجع سابقا ، ص ٤١٤ .

(٢) أصدر المشرع المصرى المرسوم بقانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص، بجريمة الغدر ، ونص فيه على انطباق أحكامه على كل فعل من الأفعال الواردة فيه يكون قد ارتكب بعد أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ .

وظاهر أن هذا النص يتضمن مخالفة صريحة للقاعدة الأصولية المسلمة وهى قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية ـ تلك القاعدة التى كان يتضمنها دستور سنة ١٩٢٣ الذى صدر هذا التشريع فى ظله ـ ، فيكون هذا المرسوم بقانون غير دستورى فيما جاء به من العقاب على افعال بمقتضى قانون لاحق لارتكابها .

أما ما قيل تبريرا للنص على الرجعية فى هذا المرسوم بقانون من أنه تشريع جنائى يملك المشرع النص على رجعيته ، فقول يدحضه وصف هذا =

قـوانين العقوبات الأصلح للمتهم :

ليست قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلقة ، اذ يرد عليها استثناء خاص بقـوانين العقـوبات الأصلح للمتهم «[١]» ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التى تصدر بعد ارتكاب الجريمة اذا كانت أصلح له من القوانين التى ارتكب الجريمة فى ظلها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة، اذ يقضى الصالح العام — وهو الذى تتكيف به الجريمـة والعقوبة على السواء — بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتهـا فانتهى الأمر الى تخفيفهـا .

= المرسوم بقانون انه خاص بجريمة الغدر ، ونصه على تولي النيابة العامـة مباشرة الدعوى أمام محكمة الغدر ، وعلى اتباع هذه المحكمة لقواعد قانـون الاجراءات الجنائية فى شأن نظر الدعوى وسماع الشهـود وتنحى القضـاة وردهم ... ، وعلى توقيع عقوبات — أن لم تكن مقيدة للحرية أو من العقوبات الأصليـة — فهى عقوبات جنائية معروفة كالعزل من الوظائف العامة والحرمان من حق الانتخاب أو الترشيح للمجالس التشريعية والبلدية والقروية .

(١) ومع ذلك ، ينكر بعض الفقهاء أن فى سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجا على مبدأ عدم الرجعيـة .

فيذهب الأستاذ « روبييه » — فى سبيل نفى وصف الرجعيـة عن هذا السريان — الى أن المركز القانونى الناشىء عن الجرم لا يتم تكوينه الا بصدور حكم نهائى بالعقاب ، وعدم صدور هذا الحكم قبل نفاذ القانون الجديد الأصلح للمتهم يعنى أن المركز القانونى لايزال — عند هذا النفاذ — فى دور التكوين ، فيكون مقتضى الأثر المباشر لهذا القانون اخضاع تمام هذا التكوين لحكمه .

انظر فى ذلك وفى تبرير عدم معاملة قوانين العقوبات الأشد نفس المعاملة:

(Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543-549

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٤٥ وهامش (٢) .

وانظر فى انتقاد هذا الرأى :

ويذهب « ديجى » الى أن كل قاعدة فى قوانين العقوبات تنحل الى شقين: شق يتوجه الى الأفراد وهو المتعلق بالتجريم ، وشق يتوجه الى رجال السلطة العامة وهو المتعلق بالعقاب . اما فيما يتعلق بالتجريم ، فواضح انه — مادامت=

وقد نص تقنين العقوبات المصرى على هذا الاستثناء ؛ فبعد أن وضعت المادة الخامسة منه فى فقرتها الأولى مبدأ العقاب على الجرائم بالقانون المعمول به وقت ارتكابها، عادت فى فقرتيها الثانية والثالثة فقالت «ومع هذا، اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره . — واذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » .

وظاهر من هذا النص أن استفادة المتهم من قانون العقوبات الأصلح له تتحقق فى الحالتين الآتيتين :

(١) اذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة اخف من العقوبة المقررة فى القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت فى ظل القانون القديم مادام لم يصدر حكم نهائى بشأنها . أى أن استفادة المتهم من القانون الجديد فى هذه الحالة — رغم ارتكابه الجريمة فى ظل القانون القديم — رهن بعدم صدور حكم نهائى . والمقصود بالحكم النهائى ذلك

= قواعده تتوجه الى الافراد — فلا يمكن تجريم فعل الا بمقتضى القانون السائد وقت ارتكابه . وأما فيما يتعلق بالعقاب ، فما دامت قواعده تتوجه الى رجال السلطة العامة وحدهم فتكون اذن قواعد اختصاص بالمعنى الصحيح. وقواعد الاختصاص الواجبة التطبيق هى تلك القواعد السائدة وقت تدخل رجال السلطة العامة . ومن هنا فاذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فان العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصل فى العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان اخف أو اشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ؛ وهو سريان طبيعى لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجا على هذا السريان الأصلى (أو المباشر) ، يخضع العقاب للقانون الذى ارتكب الجرم فى ظله اذا كان هذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذى يصدر الحكم فى ظله . وبذلك يقلب « ديجى » الوضع المسلم فى العقاب ، فيجعل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء — لافادة المتهم — هو تطبيق قانون وقت الجرم .

(انظر : Duguit, op. cit., t. II, § 21 a., pp. 261 - 266)

الحكم الذى استنفذت كل طرق الطعن فيه • فالمتهم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم فى شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد لأنه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض • أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتى به قانون يصدر بعد ذلك ، لا يستفيد منه المتهم • وحكمة ذلك واضحة ، اذ أن اعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ماللحكم النهائى بالعقاب من قوة الأمر المقضى •

(٢) اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة فى نظر القانون القديم ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقاب• فصيرورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه،بل وابتداء تنفيذه، لايحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد الصادر باعتبار الجريمة فعلا مباحا ؛ ويترتب على افادة المحكوم عليه من القانون الجديد فى هذه الحالة وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية • وواضح أن عدم التقيد بنهائية الحكم فى هذه الحالة — على خلاف حالة تخفيف العقاب — مرده الى أن اعمال القانون الملغى للتجريم لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الأمر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها «[١]» •

غير أن تطبيق قوانين العقوبات الأصلح للمتهم بأثر رجعى على التفصيل الذى سبق بيانه ليس مطلقا ، فهو لا ينصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة السريان • وعلى ذلك تنص الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من تقنين العقوبات بقولها « غير أنه فى حالة قيام اجراءات الدعوى أو صدور

---

(١) فى هذا المعنى : Esmein, op. cit., p. 155.

حكم بالادانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محدودة ، فان انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » . وحكمة هذا النص أنه بانقضاء فترة سريان القانون الجنائى المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا لما تقدم أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدى — نظرا الى ما لمثل هذا القانون من سريان مؤقت محدود — الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا فى الافادة من الاعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .

ولعل أول ما يتبادر الى الذهن أن قوانين العقوبات ذات الفترة المحدودة هى تلك القوانين التى ينص فيها على سريانها مدة مؤقته محدودة من الزمن كسنة مثلا ، وبهذا المعنى تأخذ محكمة النقض «١» . غير أن

---

(١) نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائى) ، ج ٧ ، رقم ٦٩ ، ص ٦٣ حيث تقرر الحكم أن « الفقرة الأخيرة فى المادة الخامسة من قانون العقوبات قد أفادت أن حكمها خاص بالقوانين المؤقتة أى التى تنهى عن ارتكاب فعل فى مدة زمنية محددة ، فهذه هى التى يبطل العمل بها بانقضاء هذه الفترة بغير حاجة الى صدور قانون بالغائها . أما القوانين الأستثنائية التى تصدر فى حالات الطوارىء ولا يكون منصوصا فيها على مدة معينة لسريانها ، فانها لاتدخل فى حكم هذا النص لأن ابطال العمل بها يقتضى صدور قانون بالغائها . هذا هو المستفاد من عبارة النص ، وهو أيضا المستفاد من عبارة المادة السادسة من مشروع قانون العقوبات الفرنسى التى نقل عنها هذا النص ، ومن المناسبات التى اقتضت وضع هذه المادة هناك . وهو هو بعينه الذى يستخلص من عبارة المادة الثانية من قانون العقوبات الايطالى الصادر سنة ١٩٣١ والمشار اليه فى المذكرة الايضاحية لقانون العقوبات المصرى ، فقد ذكرت المادة صراحة ان حكمها يتناول حالتين : حالة القوانين المؤقتة وحالة قوانين الطوارىء ، ولم تقتصر على النص على القوانين المؤقتة كما فعل القانون المصرى » .

الاقتصار على هذا المعنى ، قد يكون من باب التفسير الحرفى لعبارة النص • ولذلك يكون أقرب الى قصد المشرع أن يعتبر كذلك من قوانين العقوبات المحدودة الفترة كل قانون تدعو الى سنه ظروف استثنائية مؤقتة ولو لم ينص فيه على تحديد زمن معين لسريانه، فان سريان مثل هذا القانون يكون فى الواقع رهنا بقيام هذه الظروف ومؤقتا بها »(١)• فالأوامر العسكرية مثلا تستند الى قيام الأحكام العرفية فيعتبر سريانها مؤقتا بوجود هذه الأحكام أى ينقضى بانقضائها • وعلى ذلك فان زوال الأحكام العرفية وبالتبعية انتهاء سريان الأوامر العسكرية، لا يجب أن يحول دون السير فى اجراءات الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها فى شأن ما ارتكب من أفعال مخالفة لهذه الأوامر فى ظل سريانها »(٢) •

انظر فى تأييد هذا القضاء :
محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٤٥ ، ص ٤٨ و ٤٩ .

ولكن انظر فى انتقاده :
السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٠٤ و ١٠٥ . ــ محمد عبد الله ، تعليق على حكم محكمة النقض سالف الذكر ، مجموعة عمر ، ج ٧ ، هامش (١) ، ص ٦٤ .

(١) فى هذا المعنى :
السعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .

(٢) ولكن انظر عكس ذلك فيما قضى به حكم محكمة النقض سالف الذكر من أن « الأوامر العسكرية التى تصدر لمناسبة الأحكام العرفية غير محددة بمدة معينة ولاجائزا ابطال العمل بها الا بناء على قانون يصدر بالغائها لا يمكن اعتبارها من القوانين المؤقتة بالمعنى الذى تقصده الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات . واذن فالمتهم يستفيد من الغاء هذه الأوامر فى اية حالة كانت عليها الدعوى أمام جهات الحكم فيها . وبناء على هذا ، فالمتهم باحراز سلاح لا تصح معاقبته بمقتضى تلك الأوامر الملغاة بل تجب معاقبته على مقتضى احكام القانون العام » .

المطلب الثالث

حلول لبعض مشـاكل التنازع الزمـانى العمليـة

٢١٣ — تمهيـد

اذا كان المشرع المصرى قد فرض حلولا عامة لبعض مشاكل التنازع الزمانى على مافصلناه فى المطلب السـابق ، فتبقى مشاكل أخرى كثيرة لهذا التنازع تثور ولا تجد حلا تشريعيا لا عاما ولا خاصا . وحينئذ ينبغى استلهام الموجهـات والأصول العامـة التى بيناها من قبل «١» لاستخلاص حلولها الواجبة . وسوف نعرض فيما يلى لبعض هذه المشـاكل العملية مراعين فى ذلك تنوعهـا من ناحية وجدتهـا من ناحية أخرى .

٢١٤ — التنـازع الزمـانى فى شـان آثـار العقـود

رأينا أن المبدأ المقرر هو وجوب اخضاع الآثار المستقبلـة للعقود الماضية للقانون الذى أبرمت هذه العقود فى ظله ، بما يؤدى اليه ذلك من استمرار سريان القانون القديم خروجا على قاعدة الأثر المباشر للقـانون الجديد التى تخضع لسلطانه فى الأصل كل ما يتحقق فى ظله من هذه الآثار، وذلك على أساس أن فكرة توحيد التنظيم القانونى للمراكز المتماثلة التى يقوم عليها الأثر المباشر متخلفة فى شأن العقود وآثارها التى تفترض التعدد والتنوع . ولكننا أشرنا الى أن اعمال الأثر المستمر للقانون القديم فى هذا الشأن ليس مطلقا ، فهو لابد أن يتلاشى — أمام الأثر المباشر للقـانـون الجـديد — فى بعض حالات على خـلاف مع ذلك فى تحديدها . فيذهب البعض الى أن منـاط هذا التلاشى هو تعلق القـانون الجديد بنظـام

---

(١) راجع سابقا فقرة ٢٠٦ .

قانونى «[١]» . ويذهب البعض الآخر الى أن مناط ذلك هو تعلق هذا القانون بالنظام العام تعلقا يقوم على حماية مصلحة عامة لا مصلحة خاصة «[٢]» . غير أننا انتهينا الى وجوب اطراح مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم واعمال الأثر المباشر للقانون الجديد — فى شأن الآثار المستقبلة للعقود الماضية — اذا كان هذا القانون متعلقا بالنظام العام ، دون اعتبار لاختلاف طبيعة المصلحة المباشرة المقصودة بالحماية من ورائه «[٣]» . وعلى ضوء هذا الرأى ، نستطيع أن نلتمس الحل فيما يلى لبعض المشاكل البارزة الحالية للتنازع الزمانى بين القوانين المتعلقة بآثار العقود ، أثارها استحداث التقنين المدنى الجديد لنظرية الظروف الطارئة وتخفيضه الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، واستحداث قانون عقد العمل الفردى لمكافأة نهاية الخدمة .

(ا) نظرية الظروف الطارئة : استحدث التقنين المدنى الجديد حكما خرج فيه على ماكان مقررا فى التقنين المدنى القديم من اطلاق قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » ، اذ جعل للقاضى سلطة تعديل العقد اذا طرأت ظروف عامة غير متوقعة وقت التعاقد بحيث جعلت التنفيذ مرهقا للمدين ارهاقا شديدا ، اذ نصت المادة ٢/١٤٧ منه على أنه « ... اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى — وان لم يصبح مستحيلا — صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى — تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين — أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وهذا النص يثير التساؤل عن مدى سريانه

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٥١ — ٤٥٥ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤٥٩ .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٤٦٣ — ٤٦٥ .

فى الزمان — خاصة وقد جعله المشرع نصا آمرا متعلقا بالنظام العام — بالنسبة الى الآثار المستقبلة للعقود السابقة ، أى بالنسبة الى التنفيذ الواجب لهذه العقود ابتداء من نفاذ التقنين المدنى الجديد «[1]» .

وظاهر أن تحديد مدى هذا السريان يكون — فى منطق القائلين بالتفرقة بين المركز العقدى والنظام القانونى — عن طريق مد سريان التقنين القديم دون اعمال الأثر المباشر للتقنين الجديد ، فيظل المدين ملزما بالتالى بتنفيذ العقد طبقا لشروطه دون أن يملك — أمام الظروف الطارئة — الالتجاء الى القاضى لرد التزامه المرهق الى الحد المعقول عن المدة التى تبدأ منذ نفاذ التقنين الجديد . ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بنظام قانونى ، وانما يتعلق بمركز عقدى بحت يخاطب نص التقنين الجديد فيه المتعاقدين بوصفهم متعاقدين فحسب .

وهذا الحل كذلك هو الذى يتفق مع منطق القائلين بالتفرقة فى قوانين النظام العام الجديدة بين ما يحمى منها مصلحة عامة وما يحمى مصلحة خاصة ، واعمال الأثر المباشر للأولى دون الثانية . اذ يقال ان نص التقنين الجديد فى الظروف الطارئة ، ان كان متعلقا بالنظام العام ، الا أنه يقوم « فى الواقع على حماية مصلحة للأفراد . ولذا فالأولى انفاذ قانون العقد وعدم تطبيق المادة ٢/١٤٧ على العقود السابقة » «[2]» .

---

(١) اذ من الواضح أن التنفيذ الحاصل فى ظل التقنين المدنى القديم يخرج عن سلطان حكم النص الجديد تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

(٢) احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، ج ١ ، فقرة ٣٤٧ .

ونفس هذا الحل هو الذى ينتهى اليه كذلك منطق انصار النظرية التقليدية الذين يأخذون بمثل هذه التفرقة بين قوانين النظام العام ، وان كان لا يأخذ نفس التكييف . اذ يكون عدم اعمال حكم التقنين المدنى الجديد=

ولكننا أشرنا الى قصور التفرقة بين المركز العقدى والنظام القانونى ، والى انعدام منطق التفرقة بين قوانين النظام العام باختلاف المصالح التى تحميها . ولذلك رأينا وجوب تخلى القانون القديم عن امتداد سلطانه ، ليسترد القانون الجديد سلطانه المباشر ـ على الآثار المستقبلة للعقود الماضية ـ اذا كان متعلقا بالنظام العام اطلاقا . وتطبيقا لذلك ، نرى أن العقود المبرمة فى ظل التقنين القديم والتى تراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذ التقنين الجديد يجب أن تخضع فى تنفيذها المستقبل ـ أى ابتداء من يوم نفاذ التقنين الجديد ـ لحكمه المستحدث فى شأن الظروف الطارئة «[1]» ؛ فيثبت للقاضى اذن سلطان تعديل هذه العقود ورد الالتزام المرهق فيها ـ اذا توافرت شرائط اعمال النص الجديد ـ الى الحد المعقول «[2]» .

= على العقود السابقة ـ فى نفه هذه النظرية ـ هو مقتضي مبدأ عدم الرجعية أمام ما للدائن من حق مكتسب فى اقتضاء تنفيذ العقد كما تقضى بذلك شروطه . وليس ثم ما يبرر الخروج على هذا المبدأ بتطبيق نص التقنين الجديد تطبيقا رجعيا على العقود السابقة بدعوى تعلقه بالنظام العام ، اذ الرجعية الاستثنائية المقررة لقوانين النظام العام منوطة بكونها تهدف الى حماية مصلحة عامة ، وليس هذا النص ـ رغم تعلقه بالنظام العام ـ من هذا القبيل حيث يهدف اساسا الى حماية مصلحة خاصة للأفراد . (انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٢٣ و ٤٢٤) .

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ٤٢٣ . ـ انور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزامات ، ج ١ ، فقرة ٣١٥ .

(٢) واذا كنا نرى وجوب سريان النص الجديد على التنفيذ المستقبل للعقود السابقة المبرمة فى ظل التقنين القديم ، فلا نقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء (عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ١٩٥٣، ص٢٠٣) من التفرقة بين ما اذا كان الحادث الاستثنائى غير المتوقع الذى نشأ عنه ارهاق التنفيذ قد طرا قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد او بعده ، والقول بان نص التقنين الجديد يجب أن يسرى على التنفيذ المستقبل للعقود السابقة فى الفرض الثانى وحده دون الأول . =

(٢) الفائدة الاتفاقيـة : كان الوضع النهائى للحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية فى ظل التقنين المدنى القديم هو تحديده بثمانية فى المائة «[١]» . ولكن التقنين المدنى الجديد خفض هذا الحد الأقصى الى سبعة فى المائة ، اذ نصت المادة ٢/٢٢٧ منه على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يتفقـا على سعر آخر للفوائد ، سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة . فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر ، وجب تخفيضها الى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر» . وواضح أن هذا النص يثير مشكلة سريانه فى الزمان ومدى تطبيقه على الفوائد المستحقـة بعد نفاذه بمقتضى العقود المبرمة على أساس الحد الأقصى المرتفع فى ظل التقنين القديم .

= فالحجة التى يقدمونها لاستبعاد سريان التقنين الجديد فى الفرض الأول وهى أن هذا السريان يعتبر رجعيا نظرا لانه يتناول ـ والحادث طارىء فى ظل التقنين القديم ـ واقعة تمت فى الماضى (عبد الحى حجازى ، الموضع السـابق)، ليست بالحجة السليمـة . ذلك أن سريان النص الجديد لن يكون الا ابتداء من نفاذ التقنين الجديد ، والمفروض ان الحادث الاستثنائى الطارىء فى ظل التقنين القديم لا يزال قائما ومستمرا فى ظل التقنين الجديد ؛ والقاعدة فى شـأن « الوقائع المستمرة » (Les faits continus ou successifs) أن سريان القـانون الجديد على ما يقع منها بعد نفاذه يكون سريانا مباشرا لا سريانا رجعيا لانه يرد على المستقبل منها لا على الماضى. وانما تتحقق الرجعية فى شأن «الوقائع الفورية» (Les faits instantanés) اذا كان من شأن سريان القانون الجديدعلى واقعة فورية ماضية جعلها تنتج اثرا لم تكن تنتجه فى ظل القانون انقديم ، ذلك أنها قد تمت وتحققت فى لحظة واحدة فى ظل القانون القديم فلا يدركها القانون الجديد فى حال جريان حتى يملك اخضاعها لسلطانه المباشر . (راجع فى التفرقة من حيث السريان الزمانى بين الوقائع الفورية والوقائع المستمرة وتطبيقـاتهـا : Roubier, op. cit., t. I, No. 64, pp. 395, 396. - t. II, No. 108 pp. 325, 326; No. 109, p. 348).

(١) راجع فى تطور تحديد الحـد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقيـة فى ظل التقنين المدنى القديم :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، هامش (١) ص ٨٨٥ .

ونجد فى هذا الصدد نفس الخلاف الذى عرضنا له فى شـأن النص المقرر لنظرية الظروف الطارئة . فقد سبق أن أشرنا الى أن منطق القائلين بالتفرقة بين المركز العقدى والنظام القانونى يقـود الى تقرير الأثر المستمر للقانون القديم ، على أسـاس أن الأمر فى تحديد حد أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية لا يتعلق بنظام قانونى يبرر اعمـال القانون الجديد المخفض لهذا الحد بأثر مباشر على الفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى العقود السابقة ؛ بل هو يتعلق بمركز عقدى بحت خاص بالمتعاقدين بوصفهم متعـاقدين فحسب ، والعقود وما يتفرع عنها من مراكز عقدية تظل خاضعة — فى آثارها المستقبلـة — للقانون الذى أبرمت فى ظله رغم صدور قانون جديد — حتى ولو كان متعلقـا بالنظـام العام — يتناول بالتعديل مثل هذه الآثار «[١]» .

وهذا الحل كذلك هو ما يقود اليه منطق القائلين بالتفرقة بين قوانين النظام العام بحسب درجـة أهميتها أو باختلاف المصالح التى تحميها ، اذ يقال ان نص التقنين الجديد المخفض للحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية — رغم تعلقه بالنظـام العام — ليس من الأهمية والخطـورة بحيث تهدد مخالفته نظام الجماعة العام بخطر جسيم«[٢]»،أو يقال ان هذا النص لايرمى الا الى مجرد حماية مصلحة الأفراد الخاصة «[٣]»؛ وهو ما يبرر الابقاء على الأثر

---

(١) راجع سابقا ، ص ٤٥٢ و ٤٥٣ .

(٢) H. L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148, et pp. 178, 179

(٣) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48

احمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السـابق ، ج١ ، هامش (٥)، ص ٣٢١ .

وانظر كذلك ما سبقت الاشارة اليه من تبرير البعض ذلك على اساس ان رجعية قوانين النظام العام التى تحمى مصالح خاصة غير جائزة — كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية — على خلاف رجعية قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة (انظر سابقا ، هامش (١) ، ص ٤٢٣ و ٤٢٤) .

المستمر للنص القديم «[١]» ، بحيث تظل الفوائد المستحقة بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد واجبة الدفع على أساس الحد الأقصى القديم المرتفع وهو ثمانية فى المائة لا على أساس الحد الأقصى الجديد المنخفض وهو سبعة فى المائة .

ولكننا أشرنا من قبل الى الحل الذى نرى الأخذ به فى صدد الآثار المستقبلة للعقود السابقة ، وهو وجوب تطبيق القوانين الجديدة عليها اذا كانت متعلقة بالنظام العام ، والا فيبقى للقوانين القديمة عليها سلطان مستمر «[٢]» . وعلى ذلك ، يجب القول بأن الفوائد المستحقة ابتداء من نفاذ التقنين المدنى الجديد — بمقتضى عقود مبرمة فى ظل التقنين المدنى القديم — ينبغى نظرا لتعلق نص التقنين الجديد فى هذا الشأن بالنظام العام — أن تدفع على الأساس الجديد المخفض . وبذلك تكون الفوائد المستحقة بمقتضى هذه العقود محتسبة حتى يوم ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ — وهو تاريخ

---

(١) ويذهب البعض — فى سبيل تأييد الابقاء على الأثر المستمر للنص القديم — الى القول بان الحكمة من وضع حد أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية هى منع استغلال الدائن لحاجة المدين وضعفه عند التعاقد ، لا التخفيف عن عاتق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائد؛ ويدللون على ذلك بأن المشرع ينص فى المادة ١/٢٢٨ من التقنين الجديد على أنه « يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد . . . على الا يزيد هذا السعر على ٧ ٪ » ، ولو كان يقصد غير هذه الحكمة — كما هى حاله المادة ٢٣٢ — لعبر بقوله «لا يجوز تقاضى فوائد اكثر من ٧ ٪ » . « واذن فالذى يتعلق بالنظام العام فى هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد ازيد من السعر المقرر ، فلا يسرى ذلك الا على العقود التى يحصل الاتفاق عليها بعد (نفاذ التقنين المدنى الجديد) » (سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٥ و ١٦٦) .

ولكن من الواضح أن هذا احتجاج لفظى بحت لا يقنع بالتخريج المستخلص منه (انظر كذلك فى انتقاده : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، هامش ص ٩٠٨) .

(٢) راجع سابقا ، ص ٤٦٣ — ٤٦٥ .

نفاذ التقنين الجديد ـ على الأساس القديم وهو ٨ ٪ ، بينما تحتسب الفوائد المستحقة بمقتضاها على أساس ٧ ٪ ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ »(١) .

وهذا الحل هو الذى أخذ القضاء المصرى يستقر عليه (٢) . وهو كذلك الحل الذى أشارت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، حيث ذكرت (٣) أنه « بديهى أن أثر هذا التخفيض لايستند الى الماضى . فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ و ٥١٣ ، ص ٩٠٥ ـ ٩٠٧ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقره ١٩٦ .

(٢) انظر نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ ، حيث يقرر الحكم انه « اذا كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الاستئناف بأن سعر الفائدة المتفق عليها بينه وبين المطعون عليها يجب أن لايزيد على سبعة فى المائة بعد العمل بالقانون المدنى الجديد وفقا للماده ٢٢٨ منه ، الا أن هذا السبب متعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز ابداؤه لأول مرة امام محكمة النقض . وهو يعد فى محله ، ذلك ان الحد الأقصى للفائده التى يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام ، فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون الجديد القاضى بتخفيضه أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنه ١٩٤٩ حتى على الاتفاقات السابقة . يؤيد هذا النظر ما ورد فى هذا الخصوص فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد . ومن ثم يتعين نقض الحكم نقضا جزئيا فى هذا الخصوص وجعل سعر الفائدة عن المبلغ المقضى به وفقا للمادة ٢٢٧ مدنى من التاريخ السالف الذكر حتى تمام الوفاء » .

وأنظر كذلك فى نفس المعنى :

نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ٣٣ ، ص ٢٤١ .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ .

(التقنين المدنى القديم) قائما الى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد .
أما بعد هذا التاريخ ، فتطبق الأحكام الخاصة بالنسبة للعقود التى تمت قبله «[1]» ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية » «[2]» .

---

(١) ولكن من الواضح أنه اذا كان الأصل هو وجوب تطبيق القانون المخفض للحد الأقصى لسعر الفائدة على الفوائد المستحقة بعد نفاذه ولو كانت مترتبة على عقود سابقة ، فان المشرع يستطيع الخروج على ذلك بنص صريح منه يقرر فيه استمرار تطبيق القانون القديم واستحقاق هذه الفوائد ـ بعد نفاذ القانون الجديد ـ على أساس السعر القديم المرتفع لا على اساس السعر الجديد المنخفض . ومن قبيل ذلك ، ما نص عليه المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ والمعدل لنص المادة ١٢٥ من التقنين المدنى القديم بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة من انه « لايسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون او بمقتضى أحكامه على الاتفاقات المعقودة قبل تاريخ العمل به . . » (انظر عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، هامش (١) ص ٨٨٥) .

(٢) ومن المسائل المتعلقة بالفائدة بوجه عام والتى تثير مشكلة تنازع زمانى بين القوانين ، ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من النص على انه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى اية حال ان يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من راس المال ؛ وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » (م ٢٣٢) .

وتحديد السريان الزمانى لهذا النص يخضع لنفس القاعدة . فما دام هذا النص متعلقا بالنظام العام ، فهو يسرى فورا على كل الفوائد المستحقة بعد نفاذه حتى ولو كانت مترتبة على عقود مبرمة قبل هذا النفاذ . فاذا كان متفقا فى ظل التقنين المدنى القديم على فوائد مركبة أو على جواز تجاوز مجموع مايتقاضاه الدائن لرأس المال ، فلا يملك نص التقنين الجديد المحرم لذلك ـ والا كان رجعيا ـ المساس بما استحق قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ـ وهو يوم نفاذه ـ من فوائد على متجمد الفوائد أو بما يكون الدائن قد تقاضاه فعلا حتى هذا التاريخ من مجموع فوائد يزيد على رأس المال . ولكن سلطانه المباشر على ما يقع فى ظله يقتضى حرمان مثل هذا الدائن ـ ابتداء من نفاذه ـ من تقاضى فوائد على ما يتجمد من فوائد بعد هذا النفاذ أو من تقاضى اية فوائد جديدة بعد أن اربى مجموع ما تقاضاه منها على رأس المال قبل هذا

(٣) مكافأة نهاية الخدمة : تثير تشريعات العمل كثيرا من مشاكل التنازع الزمانى نظرا لكثرة تعاقبها فى الزمان . ومن الأمثلة البارزة على مثل هذه المشاكل الحكم الذى استحدثته قوانين عقد العمل الفردى المتعاقبة باعطاء العامل ـ اذا كان من طوائف العمال الخاضعين لأحكامها ـ الحق فى الحصول على مكافأة عند نهاية مدة خدمته . فقد استحدث القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ فى شأن عقد العمل الفردى هذا الحق فى أحوال معينة عند انتهاء العقد ، ثم جاء المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ الذى حل محله فتوسع فى أحوال استحقاق مثل هذه المكافأة (م ٣٧ و ٤٢ و ٤٣ و ٤٥ و ٤٨) .

وبذلك ظهرت مشكلة التنازع فى الزمان بين هذين القانونين . وقد ساعد على تعقيد هذه المشكلة أن مكافأة نهاية الخدمة انما تحتسب على أساس معين ـ مختلف كذلك بين القانونين ـ عن سنوات خدمة العامل وقد يكون بعض هذه السنوات واقعا فى ظل المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ وبعضها واقعا فى ظل القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ وبعضها الآخر واقعا قبلهما وقبل استحداث حق العامل فى مكافأة نهاية الخدمة .

وقد ذهب جانب من الفقه [١] والقضاء [٢] الى القول بأن مكافأة نهاية

= النفاذ (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، هامش (١) ص ٩٢٠ ، وهامش (٣) ص ٩٢٤ و ٩٢٥) . أما اذا كان مجموع ما تقاضاه الدائن من قبل أقل من راس المال ، فيظل له الحق بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد فى أن يستمر فى تقاضى الفوائد حتى يصل مجموع ما تقاضاه ـ من قبل ومن بعد ـ قدر راس المال .

(١) محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٢٦ . ـ كامل محمد بدوى ، المرجع فى قانون عقد العمل الفردى والمبادىء القانونية لقانون اصابات العمل وأمراض المهنة ، فقرة ١٢٤ ، ص ٢٩٠ .

(٢) القاهرة الابتدائية (الدائرة التاسعة عمال) : ٣ مارس ١٩٥٦ ، =

الخدمة لاتستحق الا عن سنوات الخدمة الواقعة فى ظل النصوص المقررة لهذه المكافأة ، على أن يكون احتسابها على الأســاس الوارد فى كل من القانونين بالنسبــة لمدة الخدمة الواقعة فى ظله ؛ فلا تستحق أية مكافأة عن سنوات الخدمة السابقة حيث لم تكن المكافأة مقررة بعد .

وعندنا أن هذا الرأى غير سليم . ذلك أن الأمر يتعلق بأثر من آثار عقد العمل حيث يفرض القانون التزاما على عاتق أحد طرفيه وهو رب العمل قبل الطرف الآخر وهو العامل بدفع مكافأة عن مدة خدمته عند انتهاء العقد . والمفروض أن هذا الأثر يتحقق فى لحظة انتهاء العقد . فاذا انتهى العقد فى ظل المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنــة ١٩٥٢ ، فيجب أن يخضع استحقاق المكافأة للأثر المباشر لهذا القانون ، فتحتسب على الأساس الوارد فيه وعن كل مدة خدمة العامل حتى السابق منها على نفاذ هذا المرسوم بقانون «[١]» . ولا يدفع ذلك بالقول ان آثار العقود تخضع للقــانون الذى أبرمت فى ظله ، فقد رأينا أن من الواجب اخضاع الآثار المستقبلة للعقود السابقة للأثر المباشر للقانون الجديد اذا كان متعلقا بالنظام العام ، ونصوص قانون عقد العمل الفردى متعلقة بالنظام العام من حيث اعتبارها حدا أدنى

= ٢٨ نوفمبر ١٩٥٥، ٢٠ نوفمبر ١٩٥٥، ٧ نوفمبر ١٩٥٥ . راجع فى الاشارة اليها وايراد حيثياتها : حسن الفكهانى ، المدونة العمالية ، ج ١ ، ١٩٥٧ ، القواعد : ٨٦١ و ٨٦٣ و ٨٦٥ و ٨٦٧ ، ص ٨٢٢ و ٨٢٤ و ٨٢٦ و ٨٢٧ على التوالى .

(١) فى هذا المعنى :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٥٥، ص ٣٣٩ .

القاهرة الابتدائية ١٤ يونيه ١٩٥٥ ؛ استئناف القاهرة ١١ مارس ١٩٥٦ و ١٧ يونيه ١٩٥٦ و ١٧ ابريل ١٩٥٦ ؛ المدونة العمالية ، ج ١ ، القواعد : ٨٥٤ و ٨٥٨ و ٨٦٤ و ٨٦٨ ، ص ٨١٦ و ٨١٩ و ٨٢٥ و ٨٢٨ على التوالى .

للحماية الواجب توفيرها للعمال الخاضعين لأحكامه ، وهذا ما دعا المشرع الى النص فى صلبه على أنه يسرى منذ نفاذه حتى على العقود السابقة ما لم تكن شروطهـا أكثر فائدة للعامل «١» .

وليس فى احتساب المكافأة عن كل مدة العامل حتى السابق منها على نفاذ المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ وطبقا للأساس المقرر فيه أية شبهة للرجعية . وما كان اعتبار البعض «٢» سريان هذا المرســوم بقانــون سريانا رجعيـا الا نتيجة الخلط بين استحقاق المكافأة فى ذاته وبين قــدر المكافأة وأساس احتسابهـا . وواضح أن استحقاق المكافأة ما دام يقع فى ظل هذا المرسوم بقانون نظرا لانتهاء عقد العمل فى ظله وما دام يخضع بالتالى لأحكام هذا المرسوم بقانون كما قدمنا، فيكون من الطبيعى أن يتعين قدر المكافأة وأساس احتسابها طبقا لأحكام نفس هذا المرسوم بقانون ولو كان من شأن ذلك ادخال سنوات الخدمة السابقة فى الحساب. ولا يستتبع ادخالها فى الحساب أية رجعية «٣» ، لأن هذه السنوات المحتسبة ليست هى سبب استحقاق المكافأة حتى يقال اننا باحتسابهـا نستخلص من وقائع ماضية آثارا لم تكن تولدها فى الماضى ؛ وانما انتهاء عقد العمل هو سبب هذا الاستحقاق ، وهذا الانتهاء لم يتحقق الا فى ظل هذا المرسوم بقانون .

---

(١) تنص المادة ٥٠ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ فى شأن عقد العمل الفردى على أنه « يقع باطلا كل شرط فى عقد العمل يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقا على العمل به ، ما لم يكن الشرط اكثر فائدة للعـامل » .

(٢) كامل محمد بدوى ، الموضع السابق . ـ الاحكام المشار اليهـا سابقا فى هامش (٢) ص ٥٠٠ و ٥٠١ .

(٣) ولا يقنع فى التدليل على الرجعية القول (محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٥ ؛ وفقرة ٢٢٦ ص ٥٥٩ و ٥٦٠) بأن المكافأة اجر اضافى مؤجل الى جانب الأجر الأصلى المعجل عن العمل المؤدى بحيث يجب خضوعها أول بأول لكل من القوانين المتعاقبـة . فلا نؤمن بصحة هذا التكييف بل نرى أن المكافأة فى حقيقتها تأمين للعامل عند انتهاء مدة خدمته ويستحق له بهذا الانتهاء ، مع الاعتداد فى تقديره بقدم أو حداثة خدمته .

٢١٥ – التنازع الزمانى فى شأن القرائن القانونية فى مجال الاثبات

استحدث التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية على نية الايصاء أو التبرع المضاف الى ما بعد الموت من كون المتصرف اليه وارثا ومن احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وبالانتفاع بها طوال حياته ، اذ نص فى المادة ٩١٧ على أنه « اذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصيــة ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . والمشرع ، باستحداث هذه القرينة غير القاطعة ، انما يعفى من يطعن على هذا التصرف مدعيا صفته الايصائية — رغم ما يظهر به من شكل المعاوضة الحالة — من عبء اثبات هذه الصفة اذا أثبت توافر شرائط هذه القرينة ، فيقع على عاتق المتصرف اليه اذن نقض هذه القرينة باثبات عكس ما تقضى به .

ويثير هذا النص التساؤل عن مدى سريانه الزمانى بالنسبة للتصرفات المبرمة فى ظل التقنين المدنى القديم أى قبل استحداث هذه القرينة . وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن هذا النص يسرى على تلك التصرفات ، على أساس القول بأن الأصل فى قواعد الاثبات هو سريانها على جميع الوقــائع سواء كانت لاحقة لنفاذها أو سابقة عليه ، واذا كان المشرع قد استثنى من ذلك النصوص المتعلقة بالأدلة المهيأة فقصر سريانها على ما يحدث فى ظلها من وقائع وتصرفات ، فيستنتج من ذلك بمفهــوم المخالفــة أن النصوص المتعلقة بالقرائن القانونية — وهى ليست من هذه الأدلة — تخرج عن حدود هذا الاستثناء وتبقى على حكم الأصل من تناولهــا الوقائع السابقــة واللاحقــة على السواء »[١] .

---

(١) انور سلطان ، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ — ٤٤ . — سليمان مرقس ومحمد على امــام ، عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٣٧ .

ولكننا لا نقر هذا الرأى . فمن ناحية ، يقوم هذا الرأى على أساس غير مسلم هو أن قوانين الاثبات تسرى على كل الوقائع والتصرفات حتى ما كان سابقا على نفاذها . بينما لا يصـــدق مثل هذا القول الا فى شأن الاثبات المقدم الى القضاء والواجب الاعداد أثناء سير الخصومة. أما حيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للاثبات قبل أية خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفى من تقررت لمصلحته من اثبات ماتقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانونى اثباتى وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصـــول الوقائع المستخلصـــة منها القرينـــة القانونية ، نشوءا لا يملك معه قانون جديد ــ دون رجعيـــة ــ اعادة النظر فيه «[1]»، ولذلك تسرى القوانين المتعلقة بالأدلة المهيأة وبالقرائن القانونية على الوقائع والتصرفات التى تقع فى ظلهـــا وحدها دون تلك السابقة على نفاذها . وهذا يكشف ، من ناحية ثانية ، عن عدم صحة ما يذهب اليه هذا الرأى من وصف النص على اخضاع الأدلة المهيأة للقانون الذى أعدت أو كان واجبا اعدادها فى ظله بأنه استثناء من أصل سريان قوانين الاثبات على الوقائع والتصرفات السابقة ، وبالتالى عن عدم صحة الاستنتاج بمفهوم المخالفـــة المستخلص منه .

والواقع أن معاملة القرائن القانونية نفس معاملة الأدلة المهيأة من حيث الخضوع للقانون الواقع فى ظله الوقائع المستخلصـــة منها القرينة أو اعداد الدليل المهيـــأ أو وجوب اعـــداده ، هو ما يستقر عليه الفقـــه «[2]» والقضاء «[3]» . وهو ما رؤى أمام بداهته ووضوحه اغفال تضمين التقنين

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450, 456. — Esmein, op. cit., عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ . ــ منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والايجار، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٢ .

(٣) راجع فى الاشارة الى احكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : Roubier, op. cit., t. II, No. 143, p. 722.

المدنى الجـديد ما كان يتضمنه مشروعه التمهيدى ـ فى شأن السريان الزمانى للنصوص المتعلقة بالقرائن القانونية ـ من نص مشابه للنص الوارد فى ذلك فى شأن الأدلة المهيأة «١» ، فاكتفى بالابقـاء على النص الخاص بالأدلة المهيأة مادام مفهوما خضوع القرائن القانونية لنفس حكمه «٢» .

وعلى ذلك ، يجب القول بأنه حيث ينشىء المشرع قرينـة قانونيـة لم تكن موجودة ، فانها لاتسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها . وكذلك حيث يلغى المشرع قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها ـ وقت وقوعها ـ من قرينة . والقول بغير ذلك معناه اقامة رجعية غير جائزة ، اما باعطاء الوقائع السابقة أثرا من ناحية الاثبات لم يكن لها ، واما بانكار ما كان لها وقت وقوعها من مثل هذا الأثر . ولذلك ، فاذا كانت المـادة ٩١٧ من التقنين المـدنى الجديد تستحدث قرينة قانونية على نية الايصـاء ، فان هذه المـادة لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذها والا كان سريانهـا رجعيـا «٣» ، فيقتصر

---

(١) كانت المادة ١٩ من المشروع التمهيدى تنص على أن «تسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية» . وكانت المذكرة الايضاحية تذكر ـ تعليقا على هذا النص ـ ان حكمه « يتمشى... مع وظيفة القرينة القانونية ، فهى تغنى من تقرر لصالحه عن اية طريقة اخرى من طرق الاثبات ... بالنسبة الى مسألة بخصوصها . فمن يتمسك بقرينة من القرائن القانونية يستند الى واقعة يفترض القانون قيامها ويقيله بذلك من عبء اقامة الدليل عليها . وفى هذه الحدود تكاد القرينة لاتختلف فى الجوهر عن الأدلة المهيأة التى تقدمت الاشارة اليها» (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١ ، ص ٢٢٥ و ٢٢٦) .

(٢) وافقت لجنة المراجعة على حذف المـادة ١٩ سالفة الذكر « لعدم الحاجة اليها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٢٧) .

(٣) فى هذا المعنى :
عبد المنعم البدراوى ، ومنصور مصطفى منصور ، المواضع السابقة . =

العمل بالقرينة اذن على التصرفات المبرمة فى ظل التقنين المدنى الجديد وحدها .

٢١٦ ـ بعض مشاكل السريان الزمانى لقانون الاصلاح الزراعى

يثير المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعى مشاكل تتعلق بمدى سريانه فى الزمان ، يعنينا أن نعرض لاحداها ، وهى تلك المتعلقة بالمادة الأولى منه التى تنص على أنه « لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان . وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » ؛ اذ ما مدى سريان هذه المادة على ما أبرم ولم يسجل قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى من عقود بيع مثلا من شأنها تمليك المشترى أو زيادة ما يمتلكه على مائتى فدان ؟ .

ينبغى لتحديد مدى هذا السريان الزمانى أن نراعى أن مركز المالك العقارى لايتكون الا باجتماع عنصرين : انعقاد العقد من ناحية، وتسجيله من ناحية أخرى . والشأن فى مثل هذا النوع من المراكز ـ كما قدمنا ـ أن القانون الجديد يتناول ما يتوافر فى ظله من عناصر التكوين بمقتضى ما له من أثر مباشر ، دون أن يملك المساس بما توافر فعلا من هذه العناصر فى ظل القانون القديم نظرا لانعدام أثرة الرجعى .

ولما كان العنصر الأول ـ وهو انعقاد العقد ـ قد توافر صحيحا قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى ، فلا يملك هذا القانون ـ والا كان رجعيا ـ

= وانظر كذلك فى انتقاد تبرر سريان هذه المادة على التصرفات السابقة على أساس القول (انور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٤٥ و ٤٦) بأن حكمها حكم تفسيرى :

منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ٣٣ . ـ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٧١ و ٧٢ .

اعادة النظر فى انعقاده الصحيح من جديد . ولكنه ، على العكس ، يملك بمقتضى أثره المباشر ودون أية رجعيـة من جانبة اخضـاع العنصر الثانى — وهو تسجيل العقد — لحكمه الجديد القاضى بالمنع ما دام أنه لم يتحقق فى ظل القانون القديم . وعلى ذلك ، فان عقود البيع التى عقدت صحيحة قبل نفاذ قانون الاصلاح الزراعى وكان من شـأنهـا تمليك المشترى أكثر من مائتى فدان أو زيادة ما يتملكه من الأراضى عن ذلك ، تبقى على صحتهـا التى ثبتت لها من قبل دون أن يلحقها البطلان الذى جاء هذا القانون مقررا له ؛ ولكن صحتها لا تحول دون امتناع تسجيلهـا بعد نفاذه خضوعـا لسلطانه المباشر «[1]» .

وبذلك تبقى هذه العقود صحيحة «[2]» ولكن يمتنع تسجيلها ، بحيث يقتصر أثرها حينئذ على مجرد توليد التزامات شخصية بين المتعـاقدين . ولما كان تنفيذ التزام البائع بنقل ملكيـة الأراضى المبيعة قد أصبح مستحيلا نظرا لاعمال حكم قانون الاصلاح الزراعى بمنع التسجيل ، فتنفسخ هذه العقود ، وينقضى — تبعا لانقضاء التزام البائع بنقل الملكيـة — التـزام المشترى بدفع الثمن بحيث يكون له استرداده اذا كان قد أداه .

٢١٧ — التنازع الزمـانى فى مسـائل الجنسيـة

يشيع لدى بعض الفقهاء — وخاصة فقهاء النظرية التقليدية — القول بأن نصوص فروع القـانون العـام — على خلاف نصوص فروع القانون

---

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية (على الآلة الكاتبة) ١٩٥٤ ، ص٦٥ . — وكتابنا فى الحقوق العينية الأصلية، ١٩٥٧، هامش (١)، ص٢٤٣ .

(٢) وعلى اى حال ، فمثل هذه العقود لا يعتد بها فى تطبيق احكام قانون الاصلاح الزراعى، حتى ولو سجلت قبل نفاذه، اذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢ (م ٣/١ من قانون الاصلاح الزراعى) .

الخاص ــ لا تخضع لمبدأ عدم الرجعية ، على أساس أنه لاتوجد حقوق مكتسبة ضد صالح الدولة أو الصالح العام . ولكن مثل هذا النظر فيه خلط واضح بين الأثر الرجعى والأثر المباشر ، فأكثر ما يعتبرونه من نصوص القانون العام نصوصا رجعية لا يعدو أن يكون سريانها مجرد سريان مباشر . والواقع أنه ليس ثم ما يدعو الى اختلاف بين نصوص القانون العام ونصوص القانون الخاص فى هذا الشأن ، فمن الواجب خضوعها جميعا لمبدأ عدم الرجعية مفهوما على وجهه الدقيق الصحيح . واذا وجد ــ فيما وراء ذلك ــ اختلاف بين القانون العام والقانون الخاص ــ فى شأن مشكلة السريان الزمانى ــ ، فهو أن اعمال الأثر المباشر يكاد يكون هو الأصل المطلق لنصوص القانون العام ، بينما توجد فى القانون الخاص أحوال كثيرة يتحتم فيها الخروج على أصل الأثر المباشر للنصوص الجديدة وتقرير استمرار سريان النصوص القديمة. وهذا الاختلاف طبيعى أمام الصفة الآمرة لنصوص القانون العام ، وأمام ما يوجد فى القانون الخاص ــ الى جوار النصوص الآمرة ــ من نصوص مفسرة أو مكملة ومن عقود تخضع لسلطان الارادة ويستقل الأفراد بترتيب آثارها «١» .

وفى طليعة مشاكل التنازع الزمانى التى تثور فى نطاق القانون العام المشاكل التى يثيرها تعاقب قوانين الجنسية فى الزمان . فقد كان قانون الجنسية لسنة ١٩٥٠ يقرر اعتبار المولود فى الخارج، لأب مجهول الجنسية أو عديمها وأم مصرية ، مصريا اذا اختار الجنسية المصرية خلال سنة من بلوغ سن الرشد . ثم جاء قانون الجنسية الجديد (القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦) مضيفا شروطا جديدة لكسب الجنسية المصرية فى هذه الحالة هى : توافر اقامة عادية فى مصر مدة خمس سنوات متتاليات على الأقل سابقة على بلوغ سن الرشد ، وموافقة وزير الداخلية على اختيار هذا الشخص الجنسية المصرية (م ٣) .

---

(١) راجع فى ذلك :
Roubier, op. cit., t. II, No. 121, pp. 461 - 465.

وواضح أنه اذا كانت عناصر المركز القانونى لاكتساب الجنسية المصرية فى هذه الحالة قد توافرت واجتمعت كلها فى ظل القانون القديم وطبقا لشروطه ، بأن كان الشخص قد بلغ سن الرشد وقرر اختيار الجنسية المصرية فى خلال سنة من ذلك وقبل نفاذ القانون الجديد ، فلا سلطان للقانون الجديد — والا كان رجعيا — على ما تم من تكوين هذا المركز واكتساب الجنسية فعلا قبل نفاذه . وأما اذا لم تكن هذه العناصر قد توافرت فى ظل القانون القديم أو توافر بعضها دون البعض الآخر ، بأن كان الشخص لم يبلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم أو كان قد بلغه فى ظله ولكن أدركه نفاذ القانون الجديد قبل مضى سنة على هذا البلوغ وقبل تقريره اختيار الجنسية المصرية ، فيخضع اكتساب الجنسية المصرية حينئذ للسلطان المباشر للقانون الجديد »[1] .

---

(١) فى هذا المعنى :
شمس الدين الوكيل ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب فى مصر ، ١٩٥٧ ، ص ١٣١ .

الباب الثانى

تفسير القاعدة القانونية [1]

٢١٨ - تمهيد وتقسيم

اذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على مابسطناه فى الباب السابق ، لم يبق - لامكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع - الا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ماتتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير اذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام - كما يرى بعض الفقهاء «[2]» - ولكن الى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين ، والقضاء فى الدول التى تعده مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية المختلفة من أحكام

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1932. — Coste-Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946, pp. 107 - 131. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, CCS.

(٢) عبد الرزاق السنهورى واحمد حشمت ابو ستيت، المرجع السابق فقرة ١٥٨ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠١ .

تنطبق على ما تواجهه من فروض • فان عجزت كل هذه المصـــادر الرسمية عن اعطـاء الحكم لبعض ما قد يستجـد من فــروض فى العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير ــ كمـا سنرى ــ الى غيرها من المصـــادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منهـا ، فهى التى تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى • فمشكلـة التفسير اذن مشكلة عامة تثار بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافهـا ، ثم تجاوز ذلك كله ــ عند نقصهـا ــ الى المصادر الأولية المكونة لجوهره •

وقد ينبغى الوقوف ــ فى صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية ــ على أنواع التفسير والهيئات المختلفـة التى قد تقوم به • ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة فى فقه التفسير ، وهى التى ينعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقـه •

ومن هنا ، تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول ــ فى أنواع التفسير •

الفصل الثانى ــ فى مدارس التفسير وطرائقه •

الفصل الاول
أنواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات مختلفة : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه أو قد يقوم به القضـــاء حينما يدعى الى تطبيق القواعد القانونية .

٢١٩ — التفسير التشريعى

يقصـــد بـــالتفســـير التشريعى (L'interprétation Législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد فى تشريع سابق اشتد حول تفسيره الخلاف فى القضاء ، أو أخذ القضاء فى تفسيره بمعنى ينافى قصد المشرع منه . ففى مثل هذه الأحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسما للخلاف ، أو بيانا للمعنى المقصــود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا فىالجماعات القديمة ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعى فى العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل فى تفسير القواعد القانونية ، ومرد ذلك الى انتشار مبدأ فصلالسلطات واقتصار المشرع علىفرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة.

وفى الحالات النادرة التى يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تتقيد به فى الحكم وفقا للتشريع السابق. وقد أشرنا من قبل الى مدى سريان التشريعات التفسيرية فى الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا .

والتفسير التشريعى يصدر عادة من الهيئة التى أصدرت التشريع المراد تفسيره . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تخويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيرا تشريعيا ملزما كذلك .

ومن الأمثلة فى القانون المصرى على التفسير التشريعى ، المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، الذى حسم الخلاف الناشب حول تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الالزامى للعملة الورقية واعتبار الدفع بها كما لو كان حاصلا بالعملة الذهبية ، دون اعتبار لأى اتفاق يخالف ذلك ؛ فقد أوضح هذا التشريع التفسيرى أن بطلان شرط الدفع بالذهب طبقا لمرسوم ١٩١٤ لا يقتصر على المعاملات الداخلية، بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية «١» .

ولعل أحدث مثل على اعطاء التفسير الى هيئة رسمية معينة غير تلك التى أصدرت التشريع ، ما يخوله المرسوم بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ للجنة العليا للاصلاح الزراعى ــ المنشأة للاشراف على عمليات الاستيلاء والتوزيع المترتبة على تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ــ من سلطة « تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما وتنشر فى الجريدة الرسمية » «٢» .

٢٢٠ ــ التفسير الفقهى والقضائى

يقصد بالتفسير الفقهى (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذى يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائى (L'interprétation judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٢٢٦ .

(٢) اضيفت هذه المادة الى المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فاصبحت المادة ١٢ مكررة منه .

الفقهى والتفسير القضائى ، هو ما تقصده أساسا من الكلام عن تفسير القاعدة القانونية وطرائقه .

ويراعى أن القضاء — وهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأقضية — يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقة تغلب على تفسيره الصفة النظرية خاصة اذا كان مخالفا لتفسير القضاء ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدها لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقة والقضاء ، فهما — على العكس من ذلك — يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء «(١)» . فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال — أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية — الى اتخاذ موقف منهـا بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقـه ، فيحـاول — عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام — استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحت ، مما قد يدعوه الى اعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضييق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية . ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه — من قبل — من تفسير .

---

(١) انظر فى التعاون بين الفقة والقضـاء فى تفسير القانون :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 345.

الفصل الثاني
مدارس التفسير وطرائقه

٢٢١ ـ تأثر التفسير بالخلاف حول أصل القــانون

تختلف مدارس التفسير وطرائقه باختلاف النظرة الى أصل القانون وأساسه . فحيث يعقد القانون بارادة الدولة وتنحصر مصادره فى مصــدر وحيد هو التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص فى التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية فى التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة، توجد المدرسةالعلمية أو مدرسةالبحث والتفسير الحر . فنتكلم فى فقه هذه المدارس وطرائقها على التوالى ، كل فى مطلب على حدة ، ثم نعرض فى مطلب آخير للتفسير فى القانون المصرى.

المطلب الأول
مــدرســة التــزام النص
L'Ecole de l'exégèse

٢٢٢ ـ فقه مدرســة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة فى أعقاب التقنينات الفرنسية التى صدرت فى

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :
Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 3e éd. 1939, Nos. 140-154. — Coste - Floret, op. cit., pp. 107 - 115. — De La Gressaye et Laborde - =

مفتتح القرن التاسع عشر ، اذ بهرتها حركـة التقنين الضخمة التى لم يكن للناس عهد بها ، وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلى فى رد القانون الى ارادة الدولة ومشيئة المشرع؛ فتأدت الى القول بأنه لايوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأن هذه التقنينات قد جمعت فأوعت وتنبـأت بكل ما قد يعرض فى المستقبل من فروض •

وأمام مثل هذا المنطق فى تصوير أصل القانون وتكوينه ، أضفت هذه المدرسـة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكأنها تنزيل من عند الله ، ولم تقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواردة به فى التقنينات، فجرت شروح فقهائها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمى ، حتى عرفت هذه المدرسة كذلك باسم « مدرسة الشرح على المتون » •

ولم يكن بد ــ والتشريع يعتبر ، على هذا النحو ، المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه فى مثل هذا المكان من التقديس ــ من أن يقـوم تفسير القانون ــ فى منطق هذه المدرسـة ــ على مجرد تفسير نصـوص التشريع ؛ ولما كان التشريع لا يصدر الا عن ارادة واعية بصيرة هى ارادة المشرع ، فتفسير نصوصه ينحصر ــ عند هذه المدرسـة ــ فى الوقـوف على هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها • فالقواعد القانونية اذن هى مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة • ومن هنا يتحتم ــ للوقوف على مضمون القـواعد القانونيـة ــ الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ان وجدت ، فان لم

= Lacoste, op. cit., No. 263. — Du Pasquier, op. cit., Nos. 196 - 204. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 - 30.

توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة •

أولا — الوقوف على ارادة المشرع الحقيقيـة :

اذا كان النص واضحا فى صيغته ولا خفاء فى معناه ، فهو يكشف فى يسر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظى أو اللغوى ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلى للنص ، اذ كما يقولون « لا اجتهاد مع النص » • غير أن من النادر أن يأتى النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه الى أكثر من التفسير اللفظى أو اللغوى ، فقد يكون مبهما أو ناقصا • وهنا يجب الرجوع — للوقوف على ارادة المشرع الحقيقية — الى عناصر خارجية لا تستمد من ألفاظ النص :

فقد تعين حكمة التشريع على تبين المقصود من ألفاظ النص• فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل ظرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقـة • ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوى يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكى يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، فلا يفيد فى ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب• وظاهر أن هذه الحكمة هى اتخاذ الليل ستارا يسهل فى ظلامه ارتكاب السرقة • ومن هنا ينبغى أخذ « الليل » فى تشديد العقاب بمعناه اللغوى لا بمعناه الفلكى ، واعتبار هذا المعنى هو الذى اتجه اليه قصد المشرع الحقيقى •

وقد يستعان بالمصادر التاريخية التى استقى المشرع منها نصوصه فى الوقوف على ارادته الحقيقية ، فيرجع مثلا — فى تفسير نصوص القانون المصرى — الى القوانين الأجنبية التى استقى منها أو الى الشريعة الاسلامية فيما استمد منهـا من نصـوص كنصوص التشريعات الخاصة بالوقف والميراث والوصية • وكثيرا ما يستعان كذلك بالأعمال التحضيرية التى صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التى دارت حولها للوقوف

على معناها وقصد المشرع الحقيقى منها •

ثانيا ـ الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضـة :

١ ـ اذا لم توجد ارادة حقيقية للمشرع يمكن الوقوف عليهـا بالوسائل السابقه ، بأن لم توجـد نصـوص تنطبق مباشرة على بعض ما يعرض من فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب اعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطـة طرق الاستنتاج المنطقى المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أسـاس أن هذه هى ارادته المفترضـة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع فى الاخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها • ومرد هذا الافتراض الى أن المشرع اما قد نص على نفس هذه الحلول فى فروض مشابهةأو فى فروض تكون علة الحكم فيها أضعف من علته فى الفروض غير المنصوص عليها ، واما قد نص على عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة • أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة •

(ا) الاستنتاج عن طريق القياس : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين • فمثلا كانت المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى القديم تنص على أن « المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء » ، فيمكن قياس الختم والبصمة على الامضاء واعطائهما نفس الحكم «[١]» • وكذلك كانت المادة ٣١٢ من قانون العقوبات تعفى من العقاب على جرائم السرقة التى تقع اضرار بالزوج أو الزوجة أو الأصول أو الفروع ؛ ولما كانت العلة من هذا الاعفاء هى المحافظة على كيان الأسرة وتدعيم العلاقات بين أفرادها ، وكانت العلة متوافرة كذلك فى جريمتى النصب وخيانة

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢٠٦ •

الأمانة توافرها فى جريمة السرقة سواء بسواء ، فتقاس هاتان الجريمتان على جريمة السرقة وتعطيان نفس الحل من اعفاء مرتكبيها من العقاب فى نفس الحالات »(١) •

(٢) الاستنتاج من باب اولى : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم فى الحالة الأولى تكون آكثر توافرا منها فى الحالة الثانية • فقانون العقوبات مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسهما بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعاهة مستديمة من باب أولى • و لذلك يعطى قانون العقوبات الزوج حق وقف تنفيذ الحكم الصادر بالعقاب على زوجته لارتكابها جريمة الخيانه الزوجية اذا رضى بمعاشرتها له كما كانت فيكون له من باب آولى حق وقف السير فى اجراءات الدعوى ضدها قبل صدور حكم عليهـا •

(٣) الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها ، عكس حكم حالة منصوص عليها ، اما لاختلاف العلة فى الحالتين ، واما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع •

فالمادة الرابعة مثلا من التقنين المدنى تنص على آن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالا غير مشروع يكون مسئولا عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر •

وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن « الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتـازة الى جانب حقـوق الامتيـاز المقررة بنصـوص

---

(١) أنظر نقض ٢٧ يونيه ١٩٢٢ ، مجموعـة عمر (الجنائية) ، ج ٢ ، رقم ٣٦٢ ، ص ٥٩٦ .

ولكن انظر فى اختلاف الآراء حول القياس على هذه المـادة بعد تعديلهـا : محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ، ١٩٥١ ، فقرة ٤٢٦ • ـ حسن المرصفاوى ، أصول الاجراءات الجنائية ، ١٩٥٧ ، هامش (١) ص ٧١ ؛ جرائم المـال ، ١٩٥٧ ، فقرات ٣١١ و ٤٨٦ و ٧٧٥ •

خاصة » ، فيستنتج من ذلك بمفهـوم المخالفة أن الحقوق التى لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقا ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية •

وكذلك تنص م ١/٦٠٤ من نفس التقنين على أنه « اذا انتقلت ملكية العين المؤجره اختيارا أو جبرا الى شخص آخر ، فلا يكون الايجار نافذا فى حق ذلك الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الدى نقل الملكية » • فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الايجار الذى له تاريخ ثابت سابق على التصرف الناقل لملكيـة العين المؤجرة ينفذ فى حق المـالك الجديد •

وفى التقنين المدنى القديم كان منصوصا على بطلان بيع الحقوق فى تركة مستقبلة ، فاستنتج من مفهوم المخالفة آن كل ما عدا دلك من بيع الاشياء المستقبله يعتبر صحيحا ، ودلك على آساس أن حكم البطلان — وقد ورد خاصا بحالة معينة من حالات بيع الأشياء المستقبلة — قد قصد به تخصيص هذه الحالة بالذات بهذا الحكم دون غيرها من حالات بيع الأشياء المستقبلة «[١]» • وقد آخد التقنين المـدنى الجديد صراحـة بهدا الحكم (م ١٣١) •

٢ — فاذا لم تفلح طرق الاستنتاج المنطقى هذه فى ايجاد حلول لما يستجد فى العمل من فروض ، ينبغى الالتجـاء الى استخراج المبـادىء والنظريات العامه من نصوص التشريع المختلفـة ، ونسبـة هذه المبادىء والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها فى تفريع واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهه فروض العمل الجديدة على أساس انها كذلك قصد المشرع وارادته المفترضة «[٢]» •

الوقوف عند الارادة الحقيقيـة للمشرع فى بعض المسـائل الجنائيـة :

وأيا ما كان الأمر، فان مدرسة التزام النص لا تطلق التفسير واسعا على

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السـابق ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢١١ •

(٢) Coste - Floret, op. cit., p. 113

النحو السابق فى كل المسائل . ففى المسائل الجنائية ، يجب اتباع التفسير الضيق الذى يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له ، وذلك احتراما للقاعدة الأصولية فى المسائل الجنائية من أنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » . فهذه القاعدة اذن هى التى تحدد نطاق التفسير الضيق فى المسائل الجنائية . فلا يكون مثل هذا التفسير لازما الا حيث يتعلق الأمر بتقرير الجرائم وفرض العقوبات، اذ يؤدى التفسير الواسع الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون وهو ما لايجوز بحال من الأحوال . آما حيث يتعلق الأمر بالاجراءات الجنائية أو المنع من العقاب آو الاعفاء من المسئولية الجنائية، فلا حرج من التوسع فى التفسير على النحو السابق بيانه ؛ ولذلك أشرنا من قبل الى بعض امثلة على اتباع وسائل الاستنتاج عن طريق القياس آو من باب أولى فى مسائل جنائيه خاصة بالاعفاء من العقاب أو التخفيف منه . وهذا المذهب فى تفسير القانون الجنائى هو المسلم الى اليوم فى الفقه الحديث «[1]» .

٢٢٣ ـ نقد مدرسة التزام النص «[2]»

تلك هى مدرسة التزام النص فى تفسير القانون . وعيب طريقتها فى التفسير يتركز فى فساد الأساس الذى تقوم عليه فى تصور القانون . فالقانون عندها هو ارادة الدولة ولا شىء غير ارادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . وقد سبق «[3]» ايضاح فساد هذه

---

(١) راجع فى تفسير القانون الجنائى :
السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٨٤ ــ ٨٧ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Gény, op. cit., t. I, Nos. 31 - 36; Nos. 60 - 82. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 264.

(٣) راجع سابقا ، نقرة ٥٠ .

النظرة الشكلية الى القانون ، فلا نعود الى ذلك •

وانما يعنينا هنا أن تتبين ما جرته هذه النظرة الضيقة الى القانون من طريقة معيبة فى تفسيره • فقد أدى اعتبار التشريع مصدر القانون الوحيد الى وقف جهد التفسير على نصوصه والاسراف فى استعمال طرق التفسير اللفظى أو اللغوى بشأنها ، وفى الاعتماد على الأعمال التحضيرية التى مهدت لوضعها ، رغم أنه ليست لهذه الأعمال حجية مطلقة فى بيان قصد المشرع «[1]» لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض ، وخاصة فى العصر الحديث حيث تقوم المجالس النيابية بالتشريع وما يصحب ذلك من مناقشات متناقضة وغير دقيقة لصدورها فى الغالب عن اشخاص غير مختصين «[2]» •

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله فى فلك ارادة المشرع ، للوقوف — ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا — ولكن كذلك على ما يفترض أنها كانت تتجه اليه — وقت وضع النصوص — لو أنه عرض أمامها ما يستجد فى العمل من فروض • وفى ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة فى الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقى المختلفة ، رغم ماينبغى من حذر شديد فى الالتجاء اليها وخاصة الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة • فهذه الطريق غير مأمونة العواقب ، اذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل

---

(١) انظر أمثلة على ذلك ما أشرنا اليه من قبل (هامش (١) ، ص ٣٢٨ و ٣٢٩) فى شأن تحديد القانون ذى الولاية فى مسائل مواريث ووصايا غير المسلمين . وكذلك ما سبقت الاشارة اليه (ص ٤٦٩ و ٤٧٠) من اخذ المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية بعدم سريانه على من بلغوا سن الرشد من قبل ، وهو ما لم يسايرها الفقه فيه .

(٢) انظر فى ذلك :
Henri Capitant, Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. II, pp. 204 - 216.

التمثيل بحالة معينة تطبيقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ اذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة فى نفس الصفة والوضع ، واعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

وكذلك فالعبودية للنصوص التى هى طابع هذه المدرسة ، ومنطقها فى قسر هذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادىء ونظريات عامة تنسب زورا الى ارادة المشرع توصلا الى اكسابها نفس القدسية التى تتمتع بها النصوص ، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره فى ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة فى الجماعة أيما تغير .

المطلب الثانى

المدرسة التاريخية او الاجتماعية (١)

L'école historique ou sociologique

٢٢٤ ـ تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة فى ألمانيا ولم تجد لها فى فرنسا غير أنصار قليلين (٢) . وتأثرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخى فى تصور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة . ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. I, No. 97 — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 265. — Coste - Floret, op. cit., pp. 114, 120.

(٢) Saleilles, Préface au livre de Gény, op. cit., t. I.

وانظر كذلك

Ripert, les forces créatrices du droit, Nos. 164, 165.

المدرسة قيمة فى ذاتها ، وانما كل قيمتها فى تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة المتجددة . ومن هنا فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعيها وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والمتفاعلة فيها . فالنصوص اذن لاتفسر بارادة المشرع الحقيقية أو المفترضة ، لأنها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة ، مع تقدم الزمان ؛ وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير .

٢٢٥ ـ تقدير المدرسة الاجتماعية او التاريخية «(١)»

اذا كانت هذه المدرسة ـ بمنطقها فى التفسير ـ تعين على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث عند بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، الا أنها تخرج فى الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقا لقواعد قانونية جديدة . وفضلا عن ذلك ، فهى تقضى على ما ينبغى للقانون من تحديد وثبات واستقرار ، وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية «(٢)»

L'école Scientifique

٢٢٦ ـ البحث العلمى الحر

جاءت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد فى انحصار القانون وتفسيره فى التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة

---

(١) انظر فى ذلك :
Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 - 264. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, ibid.

(٢) Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 - 176 bis

التزام النص ، ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعيـــة فى اخضاع التفسير للظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة .

وزعيم هذه المدرسة هو « جينى » . وقد سبق أن أشرنا الى مذهبه فى تصور القانون ، وفضلــه فى التنبيــه الى عــدم أخذ القــانون كشكل فحسب «(١)» ــ يحمل طابع الدولة فى صورة تشريع ، أو طابع الجماعــة فى صورة عرف ــ وانما كجوهر قبل ذلك يتألف من حقــائق مختلفــة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية «(٢)» . وعلى أساس هذا الفهم للقانــون ، قامت طريقته فى تفسيره . فالقانون عنده لا يلتمس تفسيره فى التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وانما يلتمس كذلك فى بقية المصادر الرسمية الأخرى ، اذ التشريع ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون .

وفى تفسير التشريع ، يجب الوقوف على ارادة المشرع وقصده من النصــوص وقت وضعهــا ، باعتبار أن التشريع عمل ارادى قامت على صياغته ارادة بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة. غير أن الارادة التى ينبغى الوقوف عليها لتفسير التشريع هى الارادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالارادة المفترضة له «(٣)». فان لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض فى العمل من فروض ، فيلجــأ فى تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف . فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى الاما يسميه«جينى» «البحث العلمى الحر» (La libre recherche scientifique)

(١) راجع سابقا ، فقرات ٤٨ و ٧٣ .
(٢) راجع سابقا ، فقرات ٧٤ ــ ٧٨ .
(٣) واذا كان يلجــأ مع ذلك الى القيــاس ، فان الالتجاء اليه لا يعطى الحلول المستخلصة منه ــ كما كانت تذهب مدرســة التزام النص ــ وصف الحلول التشريعية او حجية النصوص باسنادها افتراضا الى ارادة المشرع؛ وانما يكون الالتجاء اليه بوصفه احدى وسائل البحث العلمى الحر .
(انظر : Gény, op. cit., t. I, Nos. 107, 108; t. II, Nos. 165 et 166.) .

ويقصد به رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة — وهى التى يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعيــة أو الواقعيــة ، والحقــائق التاريخية ، والحقائق العقلية ، والحقائق المثاليــة — يستلهم منها الحلول التى أخفقت المصادر الرسمية للقانون فى اعطائهــا •

٢٢٧ — تقدير المدرسـة العلميـة

الواقع أن هذه المدرســة تقــوم على أســاس منطقى سليم ، فحيث تتخلف المصــادر الرسمية للقانون عن مواجهــة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسهــا مضمون ما تفرضه من قواعد ، أى الى المصادر الحقيقيــة أو الموضوعية للقانون • وبعبارة أخرى حيث يتخلف الشكل ، يرجع دائما الى الجوهر • والرجوع الى جوهر القانون لسد نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضى موضع المشرع حين يهم بالتشريع • غير أن رجوع المشرع لاستلهام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضى اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضى حين يكمل نقص المصادر الرسميــة بالرجــوع الى جوهر القــانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة •

المطلب الرابع

التفسير فى القــانون الوضعى المصرى

٢٢٨ — الرجوع الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة عند تخلف او قصور المصــادر الرسميــة — كما يقرر المشرع المصرى — هو رجــوع الى جــوهر القــانون

لا يعتنق المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيــد هو التشريع ، بل هو يحيل القــاضى أولا الى التشريع

كما يفصح عنه لفظه أو فحواه (م ١/١ مدنى) . « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ؛ فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ؛ فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » (م ٢/١ مدنى) .

فكأن المشرع المصرى يأخذ اذن بفقه المدرسة العلميـة من ضرورة رجوع القاضى الى جوهر القانون اذا لم توجد قاعدة فى مصادره الرسمية. وقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة» «[١]» . وقد لايكون هذا الاصطلاح كافيا للافصاح عن معنى جوهر القـانون كما بسطنـاه من قبل . ولذلك فلعل تعبير التقنين المدنى السويسرى أكثر توفيقا فى هذا الصدد «[٢]» ، اذ ينص

---

(١) ولذلك لم تسلك ـ على خلاف جمهور الفقهاء (سليمان مرقس ، فقرة ١٥٩ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى، فقرة ٨٩ و ١٣٠ ، محمـد على امـام ، فقرة ٨٢) ـ « مبـادى القانون الطبيعى وقـواعد العدالة » ضمن المصادر الرسمية للقانون المصرى . (انظر سابقا ، ص ٢٧٤ و ٢٧٥ ـ وقرب من ذلك : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٣١ . ـ وانظر كذلك : محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٥٢) .

(٢) انظر مع ذلك ما ورد فى المذكرة الايضاحيـة للمشروع التمهيـدى للتقنين المدنى من تبرير عدم الأخذ بنص التقنيين المدنى السويسرى على أساس ما « أخذ على (صيغته) من ناحية الشكل انها تخول القضاء حق انشاءالأحكام القانونية ، مع أن عمله ينحصر فى تطبيق هذه الأحكام فحسب » (مجموعـة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨) . ولكن هذا النقد غير سليم ، اذ من الواضح أن القاضى ـ رغم هذه الصيغة ـ يلتزم حدود وظيفته بالاقتصار على اعطاء حل خاص لكل قضية تطرح امامه ، دون التجاوز الى وضع قواعد عامة كما يفعل المشرع .

(انظر فى هذا المعنى : Gény, op. cit., t. II, No. 204.).

وقد احست المذكرة الايضاحية بقصور عبارتى « القانون الطبيعى » و « العدالة » ، ولذلك عمدت الى تبرير الأخذ بهما رغم ذلك بقولها انه «اذا كانت عبارة التقنينـات الحديثة تفضل هاتين العبـارتين من بعض الوجوه بسـبب =

على أن القاضى — حين لا يجد نصا فى التشريع أو عرفا متبعا — يحكم وفق ماكان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع «[١]». والمشرع — كما سبق البيان — انما يستلهم فى وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية فى الجماعة التى تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذى يكشف عنه العقل .

وأيا ما كان الأمر ، فقد سبق أن بسطنا القول فى مبادىء القانون الطبيعى باعتبارها الموجهات العامة للعدل «[٢]». ويعتبر بعض الفقهاء «قواعد العدالة» مرادفة لهذه المبادىء «[٣]» . غير أننا نرى أنه يقصد بالاشارة اليها — فضلا عن احالة القاضى الى مبادىء العدل المجرد الذى تتضمنه فكرة القانون الطبيعى — توجيهه كذلك الى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بالقضايا المطروحة أمامه . فانه ان يكن القانون — باعتبار

= ما يؤخذ عليها عادة من الابهام، الا ان الواقع ان هذه العبارات جميعها لا ترد القاضى الى ضابط يقينى وانما هى تلزمه أن يجتهد رايه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا ان يصدر عن أعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص فتحيله الى مبادىء أو قواعد كلية تنسيها تارة الى القانون الطبيعى وتارة الى العدالة وتارة الى قانون الدولية أو الى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص» (مجموعة الأعمال التحضيرية، الموضع السابق) .

(١)
«A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » (Art. 1er, al. 2, C.C.).

انظر فى اهمية هذا النص وفى موافقته لمذهب « جينى » فى البحث العلمى الحر :

Gény, op. cit., t. II, No. 201-204

وانظر فى قضاء المحكمة الإتحادية السويسرية تطبيقا لهذا النص :

Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS.

(٢) راجع سابقا ، ص ١٤٢ — ١٤٥ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٠ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ١٢٩ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ ، و ١٦٨ .

قواعده قواعد عامة مجردة ـ يهدف الى تحقيق العدل لا الى تحقيق العدالة فى المبدأ ، تغليبا لاعتبارات الاستقرار والأمن والنظام فى المجتمع ، الا أنه حيث يقتصر القاضى على أن يستخلص من مبادىء القانون الطبيعى حلا خاصا بقضية معينة ، أى حيث لا يتعلق الأمر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا تثريب من تمكينه من مراعاة جانب العدالة الى جوار تحقيق العدل «[1]» .

وقد أتيح للقضاء المصرى أن يطبق مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لحماية ما كان يسمى بالملكية الأدبية والفنية والصناعية «[2]» قبل صدور القوانين المنظمة لهذه الحماية ، ولتعديل العقود فى حال الظروف الطارئة «[3]» التى ترهق المدين وتهدده بخسارة فادحة قبل أخذ التقنين

---

(١) قرب من ذلك :
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٨ .
وانظر فيما يعطيه « جينى » للعدالة من معنيين مختلفين ، وفى مدى اعتباره العدالة عنصراً من عناصر البحث العلمى الحر :
Gény, op. cit., t. II, No. 163.

(٢) مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٣٤ ، الجدول العشرى الثانى لمجلة المحاماة (القسم المدنى) رقم ٣٠٩ ، ص ٤٤٧ ، حيث يقرر الحكم « أنه وان كان الشارع لم ينظم الملكية الأدبية والفنية والصناعية ولم يبين حقوق أصحابها، الا انه قد اعترف لأصحابها بحقوقهم واصبحت هذه الحقوق محل حماية القضاء بما هو مقرر مفروض عليه من سد النقض التشريعى تطبيقا لقواعد العدالة وأخذا بمبادىء القانون الطبيعى » .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :
مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ، ص ٤٤٨ .

ولكن انظر فيما ذهبت اليه بعض الأحكام من ان فى اعتراف الشارع بحقوق المؤلف ــ رغم عدم صدور القانون الخاص المنظم لها ــ ما يغنى القضاء عن الالتجاء الى القانون الطبيعى أو قواعد العدالة :

استئناف مصر، ١١ مارس١٩٣٧، المرجع السابق، رقم ٣٠٨٩، ص٤٤٦

(٣) استئناف مصر ٩ أبريل ١٩٣١، المحاماة س ١٢ ، رقم ٢٤١، ص ٦٣، حيث يقرر الحكم « أنه وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون=

المدنى الجديد بمبدأ التعديل فى مثل هذه الظروف .

غير أنه يراعى أن التجاء القاضى الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة مقيد بعدم وجود قواعد فى مصادر القانون الرسمية . ولذلك تقضت بحق محكمة النقض فى ظل التقنين القديم الأحكام التى أخذت بفكرة الظروف الطارئة «[1]» ، باعتبار أن فى الأخذ بهذه الفكرة مخالفة لنص من نصوص التشريع كان يقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يعفى أحدهما من تنفيذه الا برضـــاء الطرف الآخر أو باستحالـــة هذا التنفيذ .

= المتعاقدين ما دامت لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى ، الا انه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الانصاف . فاذا طرات عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد كان من شأنها ان تؤثر فى حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازنها فى العقد اخلالا خطيرا وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يتوقعها بحال من الأحـوال ، فانه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وانقاذه من الخراب ... وان الروح التى أملت نظرية الاثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الافراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما ، هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظـروف الطـارئـة » .

(١) نقض ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٥٢ ، حيث يقضى الحكم بأن «الحكم الذى يقرر المساواة بين الطارىء الذى قد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم وبين الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ويقرر الأخذ فى كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وابراء ذمة المدين ، مخالف للقانون ويتعين نقضه ، لأن الشارع وان كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارىء فى بعض الأحيان ، الا انه قد استبقى زمامها بيده يتدخل بها فيما يشاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب ولمصلحة المتعاقدين كليهما ، فما يكون للقضاء بعد ذلك الا ان يطبق القانون على ما هو عليه ... وانه وان كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العـدل والعفو والاحسان ، الا انه لا يصح لهذه المحكمـة ان تستبق الشارع الى ابتداعها . . » .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

نقض ١٥ مايو سنة ١٩٤٧، مجموعة عمر ، ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ، ص٤٣٥ .

القسم الثانى

النظرية العامة للحق

٢٢٩ ـ تقسيم

فرغنا فى القسم الأول من عرض النظرية العامة للقاعدة القانونية ، فيبقى ـ طبقا لخطة البحث التى رسمناها ـ بحث النظرية العامة للحق فى هذا القسم الثانى .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى الوقوف أولا على أركان الحق ، ثم على المصادر التى تولده وهى ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم على نشاطه واستعماله الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغى التمهيد لذلك كله بكلمة عامة فى الحق .

ولذلك نقسم هذا القسم على النحو التالى :

باب تمهيدى ـ فى الحق بوجه عام .

الباب الأول ـ فى أركان الحق .

الباب الثانى ـ فى مصادر الحق .

الباب الثالث ـ فى استعمال الحق .

باب تمهيدي
فى الحق بوجه عام

٢٣٠ ـ الحـق والقـــانـون

أشرنا فى مطلع التمهيـد لدراسـة القانون الى أن القانون ـ وهو مجموع القواعـد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع ـ انما يقيم نظـام المجتمع ويحكم علاقات الأفراد فيـه عن طـريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحيـة ، وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية .

بل لقد قلنا ان من شأن التفرقة بين القانون والأخلاق ـ على أساس اختلاف الهدف والغاية بينهما ـ عدم اقتصـار القانون ـ كما تفعل الأخلاق ـ على مجرد بيان الواجبات ، ومجاوزته ذلك الى تقرير الحقوق للأفراد «[1]» . ولذلك كان ما يقال من أن القانون نظام مزدوج (Bilatéral) والأخلاق نظام منفرد (Unilatéral) «[2]» . ومعنى ذلك أنه فى حكم العلاقات بين الأفراد يحدد القانون سلوك كل فرد ومركزه بالنظر الى غيره من الأفراد ممن تربطه بهم روابط وعلاقات مختلفـة ، بينما تحدد الأخلاق سلوك كل فرد ومركزه بالنظر الى نفسه وذاته من حيث السمو والكمال بها . فالأخلاق اذن انما تقتصر على خطاب نفس الفرد الذى يقع عليه الواجب ، دون أن تعنى

---

(١) انظر سـابقـا ، ص ٣٩ .

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 276

بخطاب غيره من الأفراد الذين قد يستفيدون أو يتأثرون من أداء هذا الواجب ، لأنها لاتفرض الواجب الا بقصد السمو بنفس من يقع عليه أداؤه دون نظر الى عواقب هذا الأداء وأثره بالنسبة الى الآخرين. واذا كانت الأخلاق تنظر الى ناحية واحدة هى ناحية المكلف بالواجب ، فالقانون — فضلا عن نظرته الى هذه الناحية — ينظر الى الناحيه المقابلة كذلك أى الى ناحية تأثر الغير بهذا الواجب . فاذا كان كل من القانون والأخلاق يحرم الاضرار بالغير مثلا ، الا أن الأخلاق تقتصر فى هذا الشأن على مجرد التكليف بالامتناع عن الاضرار بالغير ، بينما يجاوز القانون فرض هذا الواجب أو التكليف الى مواجهة أثر الاخلال به بالنسبة الى الغير ، فيقرر للمضرور حقا فى التعويض عما أصابه من ضرر .

فالقانون اذن يقوم أساسا على تقرير الحقوق من ناحية وفرض الواجبات من ناحية أخرى . فهو — حين يتصدى لحكم العلاقات بين الأفراد فى المجتمع — انما يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوطها ، فيغلب بعضها على بعض ، ويميز بين أطراف هذه العلاقات تبعا لذلك ، فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ومرد اختلاف النظر فى هذا الشأن الى التراوح بين المذهب الفردى وبين المذهب الاجتماعى . فقد سبقت الاشارة الى نظرة المذهب الفردى الى الفرد باعتبار أنه هدف القانون الأسمى ، اذ هو غاية فى ذاته يولد مزودا بحقوق طبيعية لصيقة بصفته الانسانية من قبل أن يوجد القانون أو تقوم الجماعات، بل ان القانون لا يوجد والجماعات لا تقوم الا لحماية هذه الحقوق وتمكين الأفراد من التمتع بها بما يضمن احترام كل منهم لحق الآخر .

وقد عبرت وثيقـة « اعلان حقوق الانسـان والمواطن » عن هذه النظرة بقولهـا ان « هدف كل مجتمع سياسى هو المحافظـة على حقوق الانسان الطبيعية الخالدة » • أمـا المذهب الاجتمـاعى ، فهو ــ على النقيض من ذلك ــ ينظر الى الجماعـة باعتبار أنهـا هدف القانون وغايته ، وهو بذلك ينكر على الفرد ما يدعيه له المذهب الفردى من حقوق طبيعية خالدة ، فلا يرى له من حقوق الا تلك التى يعطيهـا له القانون وفق ما يقضى به صالح الجماعة • فكأن القانون اذن هو الذى ينشىء الحقوق ويمنحها للأفراد عند المذهب الاجتمـاعى ، بينمـا تعتبر هذه الحقـوق ــ عند المـذهب الفردى ــ ثابتة ومخلوقة بالطبيعة للفرد بحيث تفرض على القانون وتقتصر وظيفته على مجرد حمايتهـا وكفالـة تمتع الأفراد بها •

وأيا ما كان الأمر ، فيجب التسليم باستنـاد الحقوق الى القـانون الوضعى ، بحيث تستمد منه وجودهـا الشرعى وكفالـة احترامهـا ، اذ لا يتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه • وليس يعنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ــ كما سبق البيان ــ انما ترتكز على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثاليـة ، وكلها تقر للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الـوضـعى انكارهـا •

٢٣١ ــ تقسيـم

ينبغى ــ ونحن بصدد الكلام فى الحق بوجه عـام ــ أن نمهـد لذلك باثبات وجود فكرة الحق فى ذاتهـا ودحض ماذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها • ثم لعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب فى هذا الصدد وتمحيصهـا • وننتهى ببيان أنواع

الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ؛ وهو ما يقتضى بحث فكرة « الذمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق هى الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة :

الفصل الأول ـ فى وجود فكرة الحق .

الفصل الثانى ـ فى تعريف الحق .

الفصل الثالث ـ فى أنواع الحق .

الفصل الرابع ـ فى الذمة المالية .

الفصل الاول

وجود فكرة الحق

٢٣٢ – تمهيـــد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالى وجودها القانونى . غير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محو الاعتقاد فى وجود فكرة قانونيـــة مستقلة للحق فبقيت هذه الفكرة الى اليوم ــ كمـــا وعاها الفقـــة التقليدى ــ احدى الدعائم الأساسيـــة الراسية فى الحياة القانونيـــة .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يرتكز عليه هذا الانكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيهـــا من وجـــوب رفضهـــا وضرورة الابقـــاء على فكرة الحق .

٢٣٣ ـ انكـــار وجـــود الحـــق

هوجمت فكرة الحق فى وجودهـــا القانونى منذ أواخر القرن الماضى مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهـــاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه وجه الى اقتلاع فكرة الحق من الحياة القانونيـــة ، كان هو هجوم الفقيه الفرنسى العظيم « ديجى » (Duguit) ، فنكتفى بعرض مذهبه فى هذا الشـــأن «[١]» بيانا للاتجاه الفقهى القائل بانكار وجود الحق .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصـــة :
Duguit, op. cit., t. I, § 18-29, pp. 200-315. — Duguit, Leçons de droit public général, 1926, pp. 38-72.

وقد سبقت الاشارة ــ عند عرض مذهب « ديجى » فى « التضامن الاجتمـاعى » ــ الى ايضاح منهاجهذا الفقيه فى البحث «[١]»،وذلك المنهاج الذى قام على أساسه بناء فقه مدرسته كله من حيث استبدال أساس واقعى بالأساس المثالى التقليدى للقاعدة القانونيـة ، ومن حيث انكار فكرة الحق وفكرة الشخصيـة القـانونيـة ، وغيرهـا من الأفكار الثابتـة فى فقـه القـانـون .

فالمنهاج الذى يؤمن به « ديجى » ويرفض كل مالا يقوم عليـه ، هو المنهـاج العلمى بالمعنى الدقيق ، أى المنهـاج الواقعى البحت الذى لا يستند الا الى ما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وكل ما يجاوز دائرة المشاهدة والتجربة ، فليس عنده من العلم فى شىء ، اذ هو ضرب فيما وراء الطبيعـة (métaphysique) أى فى عالم مجهول غير محسوس تستحيل فيه المعرفة اليقينية وتروج على حسابهـا الظنون والفروض .

والتزام هذا المنهاج العلمى الواقعى ، هو الذى حدا بديجى الى الدعـوة الى تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير واقعية لاتستند الى المشاهدة والتجربة ، وفى مقدمتها فكرة الحق التى يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعـة .

ويبدأ « ديجى » انكاره وجود فكرة الحق ، بانكار وجود مايسمى بالحقوق الطبيعيـة التى تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو فى سبيل ذلك يهاجم المـذهب الفردى الذى أتيح له الانتصـار بصورة رسمية فى وثيقـة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، والذى وضع تقنين « نابليون » على هداه . فهذا المذهب عنده هو الذى روج لوجود تلك الحقوق ، بل واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبر أنها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الأولى (L'état de nature) قبل قيام المجتمع لأنها ملازمة للطبيعة الانسانيـة ، وأن القانون لم يوجد ولم يقم الا على أساس كفالة تمتع الأفراد بهذه الحقوق تمتعا متساويا .

---

(٢) انظر سابقا ، ص ١٥٧ و ١٥٨ .

فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانيـة ، يعتبر « ديجى » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادى محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الأولى التى يتصور فيها وجود الفرد وحيدا فى عزلة تامة عن بقية الأفراد ، لايعدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعى لا يستطيع الوجود الا فى مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا الا فى مثل هذا المجتمع . فلا يتصور اذن وجـود فرد منعزل لا يعيش فى مجتمع ، حتى يمكن أن يقـال بوجود حقـوق تثبتها له صفته الانسانية . ولئن افترض جدلا وجـود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرف ايجابى هو صـاحب الحق ، وطرف سلبى هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابلـه من واجب ؛ وهو ما يقتضى وجود مجتمع من النـاس . فعلى أى الأحـوال اذن ، يستحيل التسليم بوجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، وبذلك ينهار ــ عند « ديجى » ــ ما يقيمه المذهب الفردى من تأسيس القانون على مثل هذه الحقوق «[١]» .

واذا كان « ديجى » ينكر وجـود حقوق طبيعية سابقة على قيـام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد فى المجتمع. وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب المقـابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض اخضاع ارادة انسانية هى ارادة فرد من الأفراد لارادة انسانيـة أخرى هى ارادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج فى المرتبة بين الارادات الانسانية ، تتمكن بمقتضاه الارادات العليا من التسلط على الارادات الدنيا واخضاعهـا لأمـرهـا «[٢]» .

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Duguit, op. cit. t. I, § 19, pp. 208-213

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 20, p. 217, § 28, pp. 295, 296

وهذا التدرج بين الارادات الذى تفترضه فكرة الحق ، لايوجد فى واقع الحياة الاجتماعية ما يثبته ، بل ان هذا الواقع ينقضه ، اذ لا يشاهد فى المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية فى جوهرها ، مما يمتنع معه على القانون الوضعى اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر . فالدخول فى خصائص الارادات بقصد فرض الزيادة فيها أو النقصان قد يتصور من جانب قوة سماوية مهيمنة على البشر ، ولكنة لا يتأتى من جانب قوة بشرية أيا كانت «[1]» .

ومن هنا انتهى « ديجى » الى اعتبار فكرة الحق وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها وتطهير الفقه القانونى منها .

واذا كان « ديجى » ينكر فكرة الحق على أساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القانونية نفسها فى تطبيقها على الأفراد «[2]» ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء

Duguit, op. cit., t. I, § 20, pp. 218, 219

(٢) وقريب من ذلك ما يذهب اليه « كلسن » من نفى التقابل التقليدى بين « القانون » (Le droit objectif) وبين «الحق» (Le droit subjectif) بما يتفق مع فكرته فى وجود قواعد قانونية فردية الى جوار القواعد القانونية العامة (راجع سابقا ، ص ١٠٩) . اذ يرى أن فكرة الحق لم تتولد الانتيجه الاعتقاد فى أن القانون لا يتصور الا مجموعا من القواعد العامة المجردة. فلو أطرحت هذه الفكرة ونظر الى القانون على انه يضم كذلك قواعد فردية ، لانتفت فى رايه الحاجة الى فكرة الحق ، اذ يعتبر الحق فى حقيقته اذن هو القانون نفسه بالمعنى المجرد من حيث تطبيقه على الأفراد ، او هو القانون بالمعنى الخاص الفردى من حيث مساهمة الأفراد فى خلقه . (راجع فى عرض مذهب « كلسن » فى هذا الصدد :

Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, Revue de droit public et de la science politique, 1926, pp. 572 et s.- Kelsen, Théorie pure du=

البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات . فالقاعدة القانونية ــ باعتبارها قاعدة سلوك تتحدى لحكم العلاقات بين الأفراد ــ تسوق الى الفرد تكليفا بعمل أو بامتناع فى مواجهة أفراد آخرين ، مما يؤدى الى استفادة هؤلاء الأفراد من القيام بهذا التكليف أو الواجب . فالجميع اذن ــ من يقوم بالواجب ومن يستفيد منه ــ انما يخضعون فى ذلك للقاعدة القانونية . أى أن الأفراد ــ سواء كانوا فى وضع ايجابى أو سلبى لخطاب القاعدة القانونية . يوجدون فى مركز سواء بالنسبة اليها هو مركز الخضوع لحكمها .

وما دامت القاعدة القانونية تنطبق على الجميع من الناحية السلبية والايجابية ، بحيث يعتبر الكل فى نفس المركز بالنسبة الى انطباقها عليه ، فلا يبقى معنى للقول بأنها تفرض واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر . ففكرة الواجب والحق تفترض امكان الانتقاص من ارادة المكلف بالواجب والاعلاء من ارادة صاحب الحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به أمام ما هو واقع مشاهد من تساوى الارادات الفردية . ولذلك فان القاعدة القانونية حينما تقرر واجبا على عاتق فرد من الأفراد بحيث يستفيد من أدائه أفراد آخرون ، لاتمس فى قليل أو كثير ارادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هى تنتقص من ارادة الأول ولا هى تزيد فى ارادة الثانى . وبذلك يبقى مركز كل منهما أمام القاعدة القانونية واحدا ، هو مركز الفرد المنتمى الى مجتمع معين من حيث خضوعه لقانون هذا المجتمع «١» .

فليس ثم اذن حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وانما يوجد

---

doirt, pp. 102-104.- Dabin, Le droit subjectif, pp. 14-17. — H. Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, pp. 48-51.

وانظر فى انتقاده :

H. Kira, thèse précitée, pp. 51-53

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 20, pp. 217-220

الأفراد فى مراكز قانونيــة معينة ايجابية أو سلبية »[١] •

٢٣٤ ـ الابقــاء على فكرة الحــق

لعل أكبر انتقاد يوجه الى انكار « ديجى » لفكرة الحق »[٢] هو نفس الانتقاد الذى يوجه الى أساس مذهبه كله ، وهو انتقاد منهاجه فى البحث الذى يريده علميــا واقعيا خالصــا • وقد فصلنا الكلام فى هذا الانتقــاد بصدد نقد مذهبه فى التضامن الاجتماعى »[٣] فلا نعود من جديد الى ترديده ، وانما نكتفى فى هذا المقــام بالتذكير بأن مثل هذا المنهاج ان كان يصلح فى شأن العلوم التقريرية التى تقوم على البصر بظواهر الــواقــع ، فهو لا يصلح فى شــأن العلوم التقويميــة ــ وفى مقدمتها القانون ــ التى تجــاوز تسجيل الــواقع الى تقويمه فتفرض الواجب فى شأنه باستيحــاء مثل أعلى معين •

فانكار « ديجى » اذن لفكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من

---

(١) وقد استعان « ديجى » ــ كما سبقت الاشارة ــ بفكرة « المركز القانونى » وبالتفرقة بين المــراكز القانونيــة الموضوعية والمراكز القانونيــة الشخصية لارساء نظريته فى حل التنازع بين القــوانين فى الزمــان وتطبيق مبدأ عدم الرجعيــة (راجع سابقا ، فقرة ١٩٧) •

(٢) راجع بصفه خاصــة فى تفصيل الدفاع عن وجــود الحق وانتقــاد انكار « ديجى » له :

Capitant (René), L'illicte, pp. 218-221.- Dabin, op. cit., pp. 13- 44. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. IV., pp. 175-187. — Ionescu, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931 Nos. 12, 13, pp. .- H. Kira, thèse précitée, pp. 18-48.

شمس الدين الوكيل ، دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٢ـ١٩٥٣ ، ص ١٠ ــ ١٦ • ــ جميل الشرقــاوى ، دروس فى النظريــة العامــة للحق ، ص ١١ ــ ١٤ •

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٧٢ •

وانظر فى تفصيل هذا الانتقــاد :

H. Kira, thèse précitée, pp. 18-37

أفكار ما وراء الطبيعة ، انكار غير مقبول ـ حتى مع التسليم بصحة مثل هذا الادعـاء ـ لأن القانون كما سبق البيان لا يقتصر على مجـرد تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعـة حيث يمكن تقويم هذا الواقع .

وقد ظن « ديجى » أنه يجد من فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره لحقوق الانسـان الطبيعيـة . غير أن هذا الانكار لا يطعن فى الحقيقة فى وجود فكرة الحق نفسهـا ، وانما هو ينصب على مذهب فقهى معين هو المذهب الفردى الذى يفترض وجـود حالة فطرية قبل قيـام المجتمع كانت للفرد فيهـا حقوق ثابتة له بوصفه انسانا ، بحيث حمل الفرد معه هذه الحقوق عند انتظامه فى المجتمع ، فوجد القانون لتمكين الأفراد من التمتع بها تمتعا متساويا . فرفض مثل هذا المذهب لا يعنى اذن رفض فكرة الحق نفسهـا ، وانما يعنى رفض التسليم بقيام القانون على أسـاس الحق أو بوجود حقوق لا تستند الى القانون لأنهـا سابقة عليه بتولدهـا من الطبيعـة الانسـانيـة «(١) .

ولعل شعور ديجى بذلك هو الذى حدا به الى التماس انكار الحق من ناحية أخرى عن طريق مهاجمة فكرة الحق فى ذاته ، فادعى أن الحق هو سلطة خاصة بارادة من الارادات تمكنها من اخضاع ارادة أخرى لأمرها. وعلى أساس هذا التصوير للحق اعتبره فكرة صناعية فلسفية تصدر عن دائرة ما وراء الطبيعة بحيث تعتبر دخيلة على عالم القانون الذى يجب أن يقوم على أسس واقعيـة محسوسـة .

فانكار ديجى لفكرة الحق قائم اذن على أساس استحالة اقامة تفاضل أو تدرج بين الارادات الفردية باعلاء ارادة صاحب الحق على ارادات غيره من الأفراد . ولكن مثل هذا التصوير الذى يتصوره ديجى للحق تصوير

(١) Kira, thèse précitée, pp. 38, 39

خاطىء يجر وراءه فساد النتائج التى رتبها عليه • فليس يفكر أحد كما يدعى « ديجى » — حتى من يعرفون الحق بأنه قدرة ارادية — فى اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة الغاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كل الارادات الفردية متساوية فى جوهرها •

وانما حقيقة الأمر ، أنه ليست ارادة صاحب الحق هى التى تلزم الغير بنفسها ، بل الذى يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها• فاذا كان للمقترض مثلا حق فى مطالبة المقترض برد القرض فى الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادة المقترض ، وانما لأن ثم عقدا بينهما سابقا على هذه المطالبة يحمل رضاء المقترض نفسه وتعهده برد مبلغ القرض الى المقرض • واذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضرور تعلو على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذى يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض • واذا كان للمالك حق ملكية على شىء معين يختص به دون سائر الناس ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادتهم ، وانما لأنه قد اكتسب هذا الشىء من قبل باحدى طرق الاكتساب المشروعة التى يقرها القانون ، والتى تعطيه وحده الاختصاص به اختصاصا مانعا لغيره من الناس »[1] •

فديجى اذن لا ينكر فى الواقع فكرة الحق نفسها ، وانما هو ينكر تصويرا معينا لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذى يبسطه « ديجى » غير « ديجى » نفسه • وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا لا يمس جوهر

(١) Kira, thèse précitée, p. 40

الفكرة ذاتها «¹» .

وآيـة ذلك أن ديجى حين ينكر فكرة الحق وينكر التقـابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانونى » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانونى ؟ . أليس فى كلامـه عن المركز القانونى سواء كان ايجابيا أو سلبيـا ، ما يحتم التفرقـة بين القانون نفسه فى تجريده ، وبين ما ينشأ للأفراد من أوضـاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ .

فانه اذا كان الأفراد يوجدون ـ كما يقول ـ فى نفس المركز تجاه القانون من حيث أنهم يستوون فى الخضوع لأحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات واما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ؛ فهم فى واقع الأمر لايستوون فى المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم فى مركز خاص به يجعله متلزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أى أن مراكز الأفراد مختلفـة متفاوتة ، فهم اما فى مركز المستفيد واما فى مركز الملتزم المحمل بالأعبـاء .

فاقتصار ديجى على البصر بتساوى مراكز الأفراد تجاه القـانون ، انما كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض . ومثله فى ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسـان كبقيـة الناس . ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيـث الاسم والسن والجنس والمهنـة والمـوطن والجنسيـة وما الى ذلك «²» .

واذا اتضحت حقيقـة اختلاف الأفراد فى المركز قبل بعضهم البعض ،

---

(١) فى هذا المعنى :
René Capitant, thèse précitée, p. 221. - Kira, thèse précitée, pp. 41-43

(٢) Kira, thèse précitée, pp. 43-44

ووجود بعضهم فى مركز ايجابى وبعضهم الآخر فى مركز سلبى ، فان ذلك يعنى العودة الى فكرة الحق وما يقابلهـا من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجـوع الى التقـابل التقليـدى بين الطرف الايجابى للحق والطرف السلبى لـه .

وبذلك ينحصر الخـلاف بين ديجى وبين المدافعين عن الحق فى نطاق شكلى بحت ، هو المفاضلـة بين اصطلاح « المركز القانونى الايجابى » وبين اصطلاح « الحق » للدلالة على الفكرة التى جرى التقليـد الفقهى على التعبير عنهـا بالاصطلاح الثانى ، والتى بقيت ــ فى حقيقـة الأمر ــ بمنأى عن الخلاف على جوهرهـا ووجودهـا كما سبق البيان .

ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل استعمال اصطلاح « المركز القانونى الايجابى » الذى ابتكره ديجى ، فاصطلاح « الحق » التقليدى ــ فوق ايجازه المبين عن حقيقـة الفكرة التى يعبر عنهـا ــ قد جرى به الاستعمال منذ قديم حتى رسخ واستقر فى الفقـه القانونى ؛ وشيوع الاستعمـال وقدمـه يبقى دائمـا هو صـاحب الكلمـة العليـا فى تغليب مصـطلح على مصطلح (١) .

من كل ما تقـدم نخلص بأن فكرة الحـق تستعصى على الـرفض والانكار ، وأن انكار ديجى لها لم يفلح فى هدمهـا أو زعزعة الاعتقـاد فى وجودها ، فظل الفقـه فى غالبيته الكبرى مؤمنا بها وبمكانهـا فى عالم القانون ، بل ان أخلص أتباع ديجى أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم فى هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق (١) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. IV, p. 184. - Kira, thèse précitée, pp. 45-46.

(٢) Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrés, Revue du droit public et de la science politique, 1932, notamment p. 707 et s. - Réglade, Valeur sociale et conts Juridiques, norme et technique, 1950, pp. 82 - 92.

وبذلك نستطيع أن نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة فى فقــه القانون • بل ان هذا الوجود يعبر عن حقيقــة من الحقائق القانونية الجوهرية «(١)» لا عن مجرد أداة فنية أو وسيلة من وســائل الصياغــة القــانونيــة «(٢)» •

واذا بقيت ثم كلمة تقال فى مجال التعقيب على انكار ديجى لفكرة الحق ، فهى كلمــة انصــاف لهذا الفقيــه العظيم • فموقفه فى هذا الصدد انما أملاه عليه عداؤه الشديد للمذهب الفردى ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنانية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع• من أجل ذلك ذهب مذهبا عكسيــا متطرفا فاعتبر الحقوق مجرد وظائف اجتماعيــة (fonctions sociales) وأصحابها مجرد موظفين عامين موكلين باستعمالها بما يحقق الصالح العــام ، فألغى بذلك فكرة الحق ومضى فى انكارها على نحو ما بسطناه من قبل • واذا كانت مخاطر الفردية المطلقــة ليست خافيــة ، والدعوة الى دفعهــا دعوة واجبة ، فان ذلك لا يتحقق بالغــاء الحقوق وتحويلها بذاتها الى وظائف اجتماعية خالصة ، بل الأولى أن تظل الحقوق قائمة ويقال ان لها وظــائف اجتماعية معينة ، بما يكفل كبح جماح الاستعمــال المطلق لها ، وهذا ما حققته بالفعل نظرية « التعسف فى استعمــال الحق » على ما سنفصلــه بعد ، فقــد أخضعت استعمــال الحقوق للرقابة دون أن تهدم فكرة الحق ذاتهــا •

---

(١) انظر كذلك فى اعتباره حقيقة اجتماعية :
Davy, Eléments de sociologie, t. I, Sociologie politique, 1950, pp. 99, 100

(٢) راجع فى تفصيل ذلك خاصــة :
H. Kira, thèse précitée, pp. 54-62

وانظر كذلك فى نفس المعنى :
Dabin, op. cit., pp. 50, 51. Réglade, op. cit., pp. 6, 69; Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4, p. 192 et s.- Ionescu, thèse précitée. Nos. 30 - 37.

ولكن انظر عكس ذلك :
Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1909, p. 320 et s.- Gény, op. cit., t. III, No. 224. — Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, 1948, Nos. 24 - 26.

الفصل الثـــاني

تعريف الحق

٢٣٥ ـ تمهيـــد

لعل من أكثر مسائل القانون التى كثر فيها القول واحتدم الجـدل مسألــة تعريف الحق . وليس فى قصدنا أن نتتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات فى هذا الشـأن ، وانما نقنـع بأن نرد مختلف التعريفـات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة : اتجاه شخصى ، واتجاه موضوعى ، واتجاه مختلط يجمع بين الشخصى والموضوعى .

أما الاتجاه الشخصى ، فهو الذى ينظر الى الحق من خـلال صاحبه ، فيراه سلطــة أو قدرة ارادية . وأما الاتجاه الموضوعى فهو الذى ينظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه ، فيعتبر مصلحة من المصالح التى يحميها القانون . وأما الاتجاه المختلط فهو الذى ينظر الى الحق من خلال الشخص والموضوع معــا ، فيعتبره اما سلطــة أو قدرة ارادية فى سبيل تحقيق مصلحــة مشروعة ، واما مصلحــة مشروعــة تقــوم على تحقيقهــا ارادة معينـــة .

فنعرض فيما يلى لهذه الاتجاهات الثلاثة ، لنرى مبلغ حظ كل منها فى اعطاء صورة صادقة لمــا يقصد فى فقه القانون من اصطلاح « الحق » .

٢٣٦ ـ الاتجــاه الشخصى (١)

قلنــا ان هذا الاتجاه هو الذى يعرف الحق من خــلال النظر الى

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصــة :
Dabin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t. I § 25. - Ionescu, thèse précitée, No. 40 et s. - Saleilles, De la personnalité Juridique, 2e édi., 1922, p. 524 et s.

صاحبه . فهو يرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة فى نطاق معلوم ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطـة الارادية التى يخولها القانون لشخص من الأشخاص فى نطـاق معلوم . فالقانون اذن ــ حين يحكم العلاقات بين الأفراد ــ انما يرسم ويحدد لكل شخص نطاقا معينـا معلوما تنشط فيه ارادته وتسـود «١» .

فهذا الاتجـاه اذن يقيم تعريف الحق على وجـود ارادة يحميهـا القـانـون . وهو على هذا النحو يتصل اتصـالا وثيقا بالمذهب الفردى وما يتفرع عليـه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التى تملك خلق الحقوق أو انشـاءها ، كمـا تملك تغييرها وانهاءها .

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهـاء كبار كسافينى (Savigny) و« وينشيد» Windscheid «٢» ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة ــ وخاصـة من « اهـرنج «٣» ــ ازاء ماظهـر من قصـور عن تعـريف الحـق .

فالقـول بأن الحق قـدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى كل الشرائع من أن لعديمى الارادة حقوقـا كما لحائزيهـا سـواء بسـواء ، فالمجنون والصغير غير المميز يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الارادة .

---

(١) انظر فى ذلك تعريف « وينشيد » للحق :

« Le droit subjectif est une puissance de volonté (Willensmacht) ou un pouvoir de volonté (Willensherrschaft) concédé par l'ordre Juridique », cité par Duguit, op. cit., t, I § 25, p. 276.

(٢) يرى « وينشيد » ان الحقوق طائفتان : طائفة أولى ، يكون لصاحب الحق فيها سلطة فرض عمل أو امتنـاع على شخص أو اشخـاص معينين ؛ وطائفة ثانية يكون لصاحب الحق فيهـا سلطـة انشاء أو تعديل أو انهاء حق من حقوق الطائفة الأولى . (انظر فى ذلك :

Dabin, op. cit., p. 59. - Duguit, op. cit., t. I, § 25, pp. 275, 276 : — Ionescu, thèse précitée, No. 40, p. 81).

(٣)
Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, § 70, 71

وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلا «١» .

وفضلا عن ذلك ، فمثل هذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية سواء بسواء ؛ اذ لو قلنا ان للأشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن العسير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يطعن فى ذلك أن الارادة قد تكون متطلبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته . فوجود الحق اذن لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وان كانت مباشرة الحق قد تفترض وجود مثل هذه القدرة .

فالاتجاه الشخصى فى تعريف الحق يخلط اذن بين وجود الحق وبين مباشرته ، فيضع شرطا لهذا الوجود ما قد تتطلبه المباشرة من توافر قدرة ارادية معينة . والتفرقة الواجبة بين وجود الحق وبين مباشرته ، هى التى تبرر ما يوجد فى العمل من ثبوت حقوق لأشخاص تمتنع عليهم مباشرتها بأنفسهم لانعدام ارادتهم ، وقيام آخرين بمباشرتها عنهم نظرا لما يتمتعون به من ارادة . ولو كان الأمر منوطا بقدرة ارادية لوجود الحق لامتنع ثبوت الحق لعديمى الارادة وللأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ، ولقيل

---

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول ان الارادة المقصودة فيما يتعلق بالطائفة الاولى من الحقوق هي ارادة القانون او المشرع لا ارادة صاحب الحق . ولكن من الواضح ان مثل هذا التبرير المصطنع فيه من التناقص ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية .

(انظر فى نقد هذا التبرير : Dabin, op. cit., pp. 60, 61 - Duguit, op. cit., t. I, § 25, pp. 277, 278. - Ionescu, thèse précitée, No. 41, pp. 82, 83).

بثبوت حقوقهم لمن ينوب عنهم فى مباشرتهـا من ذوى الارادة الكاملـة .

فالارادة اذن ليست بلازمة لقيام الحق بل لمباشرته أو استعماله ؛ ورغم ذلك فهى ليست لازمة دائما لهذه المباشرة أو ذلك الاستعمـال ، فعادة لا يحتاج الاستعمـال المـادى للحق الى ارادة ، فعديم الأهليـة مثلا يستعمل أو يباشر حق ملكيته حين يسكن منزله أو يركب سيارته «[١]» .

والخلاصة أن الحق لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لـدى صاحبه . بل ان مباشرة الحق نفسهـا لا تفترض دائمـا وجود مثل هذه القدرة ، وان افترضتها فى بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية لأن مباشرة الحق لا تختلط بوجـوده . وبذلك لانرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

٢٧٣ ـ الاتجـاه المـوضوعى

كان الفقيه الألمانى «اهرنج» (Ihering) من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصى فى تعريف الحق . ولذا فقد نحا فى تعريفه نحوا آخر موضوعيا ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه مصلحة يحميها القـانون (Intérêt Juridiquement protégé) «[٢]» . ولقـد صادف هذا التعبير الموجز قبولا فى الوسط القانونى أكثر مما صـادفـه التعريف القـائم على أسـاس الاتجـاه الشخصى ، وان يكن لم تكتب له الغلبة فى الفقـة الحديث نظرا لمـا وجه اليه من انتقادات كثيرة «[٣]» أظهرت

---

(١) فى هذا المعنى : Dabin, op. cit., p. 63.

(٢) Ihering, op. cit., t. IV, § 71, p. 236

وانظر فى الأخـذ بهذا التعريف :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت؛ المرجع السابق، فقرة ٢١٢

(٣) راجع فى ذلك خاصـة : Dabin, op. cit., pp. 68 - 72.

Duguit, op. cit., § 26, pp. 284-287. - Ionescu, thèse précitée No. 46, 48.

عجزه وقصوره بمفرده عن تعريف الحق تعريفا جامعا مانعا لاختلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الارادة ، لأن الحق كما يثبت لذوى الارادة يثبت لعديميها على السواء ؛ ولأن العبرة ليست بارادة تنشط أو تسود ـ فارادة الولى أو الوصى لا ارادة القاصر هى التى تنشط ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولى أو الوصى ـ وانما تكون العبرة بالغرض الذى قد تنشط الارادة من أجله ، والارادة لا تنشط الا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة اذن ـ لا الارادة ـ هى جوهر الحق . رمن هنا لم يكن الحق هو الذى فى خدمة الارادة ، بل الارادة هى التى فى خدمة الحق أى فى خدمة مصلحة معينة من المصالح؛ ولم يكن صاحب الحق هو من يدعى الارادة بل من يدعى المنفعة أو المصلحة »[1] .

والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ؛ بل ان من المصالح المعنوية ما يفوق المصالح المادية فى أهميته كالحرية والشرف مثلا.

ولئن كان « اهرنج » يعتبر المصلحة هى جوهر الحق ، فهو يضيف اليها عنصرا آخر هو عنصر الحماية القانونية التى تسبغ على هذه المصلحة، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الحق الى تحقيقها وادراكها ، وبذلك يتوافر للحق عنصران : عنصر جوهرى موضوعى يكمن فيه الهدف العملى للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلى يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى »[2] .

ذلك هو الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه

---

(١) Ihering, op. cit., pp. 322, 323

(٢) Ihering, op. cit., p. 326

أنه يعتبر المصلحة هى معيار وجود الحق ، بينما هى ليست كذلك دائما . فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح ، فليس العكس بصحيح اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ؛ فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوى من منزل المؤجر على قيام الأخير بانارة السلم وفرشه حتى الدور العلوى ، فبديهى أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الانارة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيهما ؛ ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لاتعطيهم أى حق قبل المؤجر فى انارة السلم وفرشه ، فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر الا مستأجر الطابق العلوى وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما «١» .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية ، فغنى عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة فى فرض هذه الرسوم لأنها تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهم هذه المصلحة حقا فى فرض تلك الرسوم ، كل ما هناك أنهم يستفيدون منها اذا فرضت «٢» .

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق . فضلا عن أن المصلحة هى الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه لا التعريف بغايته أو هدفه . فالمصلحة اذن ان كانت تصلح بيانا لهدف الحق ، فهى لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق فى ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته «٣». فكأن الاتجاه الموضوعى فى تعريف

---

(١) Karkounouv, Cours de théorie générale du droit, trad. Tchernoff, 2e éd., 1914, p. 232.

(٢) Michaud, La théorie de la personnalité morale et son application du droit français, 3e éd., 1932 t. I, No. 48, p. 106.

(٣) فى هذا المعنى :
Saleilles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, § 26, pp. 284, 286. — Dabin, op. cit., pp. 69 - 70.

الحق انما يدور فى واقع الأمر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها •

بقى بعد ذلك أن نراعى أن العنصر الثانى الذى يضيفه اهرنج الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس فى واقع الأمر عنصرا ثانويا كما يرى ، بل هو يكاد يبتلع العنصر الآخر الذى يعتبره العنصر الجوهرى فى الحق وهو المصلحة • ذلك أن المصلحة لا تكون حقا عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى • فكأن وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفيصل فى وجود الحق ، وكان الوسيلة اذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ؛ وذلك ما لايمكن التسليم به• فليست الدعوى بمميز لوجود الحق وانما هى مجرد وسيلة لحمايته • فهى بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها اذن معيار وجوده ؟ • الواقع أن الحق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق «١» •

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعى عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية • فهو يسلك فى هذا التعريف مسلكا معيبا حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهى الغرض منه ، والدعوى وهى وسيلة حمايته •

٢٣٨ ـ الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران فى التعريف بالحق • وقد عرضنا فى ايجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته • من أجل ذلك لم يبايع الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شايع جانب كبير منه «٢»

Dabin, op. cit., p. 69

Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 74. - Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 119. - DE LA Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 355-357, 376.-Gény, op. cit., t. IV, p.183 =

اتجاهــا ثالثــا مخضرما ولــده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط . وهذا الاتجاه الثالث انما يعرف الحق بالنظر اليه من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، أى يعرفه بأنه ارادة ومصلحة فى آن واحــد ، فيجمع بذلك بين الاتجــاه الشخصى والاتجــاه المــوضــوعى .

غير أن أنصــار هذا الاتجاه المختلط فى تعريف الحق ان كانوا سواء فى الجمع بين الارادة والمصلحــة ، فليسوا سواء فى أى العنصرين تكون له الأهميــة وتعقد له الغلبة . فبعضهم يغلب دور الارادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو تلك القدرة الارادية المعطاة لشخص من الأشخــاص فى سبيل تحقيق مصلحة يحميهــا القانون «(١)» . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الارادة ، فيعرف الحق بأنه هو تلك المصلحة التى يحميها القانون وتقوم على تحقيقهــا والدفاع عنهــا قدرة ارادية معينة «(٢)» .

فأنصار هذا الاتجاه المختلط يتراوحون اذن فى تعريف الحق بين جعل المصلحــة فى خدمة الارادة وبين جعل الارادة فى خدمة المصلحة . وليس بذى بال مثل هذا التراوج والاختلاف بين أنصــار هذا الاتجاه ، اذ يبقى اتجاههم ــ رغم ذلك ــ واحدا قائما على الجمع بين الارادة والمصلحة .

=et note (3), - Ionescu, thèse précitée No. 49.- Michoud, op. cit., t. I, No .48;

حسن بغــدادى . المرجع الســابق ، ص ٣١ وما بعدهــا . سليمــان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢١٣ وما بعدها .

(١) Ionescu, No. 49, p. 94.- Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74

وقارن « سالى » الذى يجمع بين عنصر السلطــة وعنصر المصلحــة ، ولكنه يحاذر فيجعل الارادة متعلقــة باستعمال الحق لا بوجوده ، اذ يعرف الحق كمــا يلى :

« Le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome ». (Saleilles, op. cit., p. 548)

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107

وهو من أجل ذلك اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا ان الحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وان الحق ليس هو المنفعة أو المصلحة التى تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطق اذن رفض الاتجاه المختلط الذى يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة ارادية معا لدى صاحب الحق «(١)» .

٢٣٩ ـ تحليل الحق وتعريفه

عرضنا فيما تقدم للاتجاهين الكبيرين ، الشخصى والموضوعى ، الموجودين فى الفقة بشأن تعريف الحق ، وللاتجاه المختلط المتولد منهما والرائج فى الفقه الحديث . وقد انتهينا الى أن هذه الاتجاهات الثلاثة ليست بالمقنعة فى شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة .

من أجل ذلك نسلك فى تعريف الحق مسلكا تحليليا تتدرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له ، عل ذلك يقربنا الى الوقوف على ماهية الحق وذاتيته ومقوماته .

ولعل أول ما يثيره اصطلاح « الحق » فى الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة إختصاص شخص من الأشخاص ـ على سبيل الاستئثار ـ بمركز قانونى ممتاز . فنتتبع هاتين الفكرتين فيما يلى :

---

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 80.

اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

(٢) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Planiol, Traité élémentaire de droti civil, IIe éd., par Ripert, No. 2158 et s.

(ا) الرابطة القانونيــة : يذهب جمهــور الفقهــاء الى أن الرابطــة القانونية (Le rapport de droit)، أى الرابطة التى يحكمها القانون، لايتصور وجودها الا بين الأشخاص وحدهم «١» . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الأشخاص من ناحية وبين الأشياء من ناحية أخرى . ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو التزاما من ناحية أخرى ، وليس من المعقول تكليف الأشيــاء بــواجب معين أو التــزام . ومن هنــا ، فطبقــا لهــذا النظــر ، تكــون الــرابطــة القــانــونيــة هى تلك الرابطــة أو العــلاقــة التى يحكمهــا القــانــون ، والقــائمــة بين شخصين أو بين طرفين من الأشخاص ، بحيث يكون لأحــدهمــا مطالبــة الآخر بأداء معين أى مطالبته اما بالقيام بعمل واما بالامتناع عن عمل .

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الأشخاص وحدهم تصوير قاصر وغير صحيح «٢» ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض وخاصــة فى نوع معين منهــا هو « الحق الشخصى » أو « حق الدائنية » دون « الحق العينى » . فهى ظاهرة وقائمة فى الحق الشخصى حيث يوجد طرفان من الأشخاص : دائن من ناحيــة ، ومدين من ناحية أخرى ، وحيث يلتزم أحدهما وهو المدين بأداء معين قبل الآخر وهو الدائن ؛ فالمقترض مثلا يلتزم قبل المقرض برد مبلغ القرض . ولكن الرابطة القانونية حسب هذا النظر يجب اعتبارها مختلفة فى الحق العينى الذى يعطى لشخص سلطــة على شىء من الأشياء ، اذ لا يــوجد حينئذ الا شخص أو طرف واحد هو صاحب الحق دون أن يقابله شخص أو طرف آخر يدخل معه فى رابطة قانونية ويلتزم قبله بالتزام معين؛ فالىجنب صاحب الحق لا يوجد الا الشىء موضوع الحق ، ولا يتصور القول فى

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة
Planio, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.

(٢) فى هذا المعنى :
Beudant et Voirin, Cours de droit civil franais, 2e éd., t. IV, Les biens, 1938, No. 56, — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166.

منطق هذا النظر بقيام رابطة بينهما ، اذ الروابط القانونية لا تقوم بين شخص وشيء وانما بين شخص وشخص . فليس ثم رابطة قانونية تقوم اذن فى شأن حق الملكية مثلا — وهو أهم حق عينى — لأنه لا ينشىء صلة بين أشخاص وانما يعطي سلطة لشخص هو المالك على شيء هو محل الملكية .

فالاقتصار على تصور الرابطة القانونية قائمة بين الأشخاص وحدهم يستتبع اذن القول بتخلفها فى بعض الحقوق كالحق العينى . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ودفعهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو واقع فى الحق العينى من وجود شخص من ناحية وشيء من ناحية أخرى . فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الأشخاص فى الحق العينى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة بين الشخص صاحب الحق العينى وبين الناس كافة ، وبمقتضاها يلزم الكافة باحترام حقه والامتناع عن الاعتداء عليه .

وسنرى من بعد «١» أن هذا التحايل مردود ولا حاجة اليه ، وانما يكفى أن نستخلص من مثل هذا التحايل الصناعى ضرورة العدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الأشخاص وحدهم .

فالواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق — فيما نرى — الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هى روابط الاقتضاء (rapports d'exigences) أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء . ذلك أن مثل هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الأشخاص وحدهم .

---

(١) انظر لاحقا ، الفصل الثالث من هذا الباب التمهيدى .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء، فثم روابط تسلط (Rapports de maîtrise) ، تخول لشخص معين سلطة على شيء معين •
وغنى عن البيان أن مثل هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقا قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصــور أن يقع على الأشخاص وانما يقع على الأشياء وحدها • فحق الملكيــة مثلا يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها كرابطة تسلط لا كرابطة اقتضاء ، لأنه يخول المــالك سلطة على الشيء محل الملكيــة دون أن ينشيء بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبلــه •

ومن هنا ينبغي رد الروابط القــانونيــة الى نوعين :

١ ـ **روابط الاقتضــاء**،وهي تلك التي لاتكون الا بين شخص وشخص لأنها تفترض الزاما بأداء معين ، والالزام لا يتصــور وقوعه الا على عاتق الأشخــاص وحــدهــم •

٢ ـ **روابط تسلط** ،وهي تلك التي لا تتصــور الا من شخص على شيء ، لأن التسلط محلــه الأشياء لا الأشخاص «[١]» •

فاذا قلنا ان الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن أنه يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط •

(٢) ـ الاستئثــار بما تخوله الرابطة القانونيــة من تسلط أو اقتضــاء :

غير أن فكرة الرابطة القانونيــة بما تعطيه من اقتضــاء أو تسلط لا تكفي وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغي أن يكون التسلط أو الاقتضــاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد أو الاستئثــار أو الاختصــاص •

---

(١) راجع في شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

H. Kira, thèse précitée, notamment, pp. 103-105.

فالحق انما يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق — بما يخوله من تسلط أ واقتضاء — فى يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساس من عدم التساوى بين مراكز الأفراد «١» ، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون غيره من الناس «٢» . فالمالك مثلا يستأثر وحده بالتسلط على ملكه فلا يكون لأحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك ينفرد وحده دون سائر الناس بقدرة اقتضاء مبلغ القرض من المقترض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة فى شأن نفس القرض .

من كل ذلك نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت هذه الرابطة رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

(٢) استئثار شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوله له الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

والبصر بهذين العنصرين فى الحق ، يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متماثلة أو متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع ، وحرية الرواح والمجىء ، وحرية التعاقد . فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطة معينة يسبغ القانون عليها حمايته من أى اعتداء يقع عليها . ومن هنا شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم « الحقوق » .

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4

(٢) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 646 - H. Kira, thèse précitée, pp. 94- René Capitant, Sur la nature des droits réels, Mélanges Sugiyama, p. 31.

فمن الواجب التفرقة اذن بين الحقــوق وبين الحريــات أو الرخص العامة «[1]» • فهذه الحريات أو الرخص العامة لاتفترض ماتفترضه الحقوق من وجــود استئثار وانفراد بما تخول هذه الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضــاء •

فالحقوق اذ تفترض وجــود روابط قانونيــة ، انما تفترض وجود الأفراد فى مراكز متفاوته قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صــاحب الحق فى مركز ممتاز عن غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضــاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذاك الاقتضــاء على سبيل الاستئمثــار والانفراد دون ســائر النــاس •

بينما الحريات أو الرخص العامة ، على العكس من ذلك ، لاتفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنهــا المراكز بين الأشخاص ، بل هى تفترض وجود الأشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات • ولذلك فهى لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعــا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استئثار واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين • فحرية السير فى الطرق العامة مثلا لا تفترض وجود رابطة قانونية أى لا تفترض تفاوتا فى مراكز الأفراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعا فى نفس المركز بالنسبة اليها ، أى فى ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل الجميع ، تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين•

غير أن الحرية أو الرخصة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليهــا من أحد الأفراد ، اذ

---

(١) فى هذا المعنى :

H. Capitan, sur labus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 372.

ولكن انظر عكس ذلك :

جميل الشرقــاوى ، المرجع الســابق ، ص ٢٩ •

بمجرد هذا الاعتداء ـ وليس قبله بحال من الأحوال ـ تنشأ رابطة قانونية هى رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا فى التعويض قبل المعتدى . فالحريات أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا فى ذاتها ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الأشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الانفراد والاستئثار .

فالفرق بين الحقوق والحريات أو الرخص العامة اذن كالفرق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس ؛ والثانى لا يكون خاصا بأحد، بل يشترك الجميع فى استعماله دون استثناء «[1]» .

---

(١) ولذلك يذهب بعض الفقهاء ـ فى مجال التفرقة بين الحريات وبين بعض الحقوق وهى الحقوق العينية ـ الى تسمية الأولى «الحريات العامة» ، والثانية « الحريات الخاصة » ، تأكيد لانفراد الثانية دون الأولى بخاصة الاستئثار والاختصاص .

انظر فى ذلك خاصة تأصيل الأستاذ «رينيه كابيتان» لهذه التفرقة بقوله :

« ... Les libertés publiques... sont publiques, en ce sens qu'elles appartiennent à tous, peuvent être exercées par tous simultanément, tandis que les secondes sont privées, en ce sens qu'elles comportent une appropriation, qu'elles constituent pour leurs titulaires un avantage spécialement réservé, dont l'usage est exclusif de celui des tiers. Ainsi la liberté d'aller et de venir, la liberté de religion, la liberté de pensée, la liberté de la presse, la liberté du travail sont des libertés publiques, parce qu'elles n'impliquent pour leurs titulaires aucun monopole, aucun avantage qui restreigne la liberté d'autrui. Au contraire, les droits réels sont des libertés privées car le propriétaire — pour prendre en eexmple le droit réel type — est seul à pouvoir utiliser la chose qui fait l'objet de son droit. La liberté dont il jouit est donc une liberté exclusive.

Les tiers sont tenus, non seulement de ne pas faire obstacle à l'usage de la chose par lui, mais encore à s'abstenir de tout acte semblable. Ainsi, alors que tous les individus — à la seule condition de respecter les règles de police en vigueur — peuvent exercer simultanément et indivisément leur droit d'aller et de venir sur les voies publiques, le propriétaire d'un bien a le monopole de son droit; la chose qu'il possède est retirée à l'usage des tiers. C'est en ce sens qu'il en a une propriété privée et non publique ou collective. (René Capitant, sur la nature des droits réels, Mélanges Sugiyama, p. 31).

وقد بصر المشرع المصرى بهذه التفرقة بين الحقوق والحريات أو الرخص العامة ، وتميز الأولى دون الثانية بخصيصة الاستئثار والانفراد ، فوضع نصا فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص على هذه التفرقة بقوله : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة » . وقد أوضح هذه التفرقة فى المذكرة الايضاحية لذلك المشروع بقوله « يقصد بالحق ... كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والافراد ، كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون أو حقه فى طلاق زوجه . أما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز ، فرخص أو اباحات كالحريات العامة وما اليها »[1] . وقد رؤى حذف هذا النص فى لجنة المراجعة باعتباره أدخل فى عمل الفقه منه فى عمل المشرع .

وسنرى من بعد ، أن من النتائج التى تترتب على هذه التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، أن فكرة التعسف انما ترد فى شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحريات والرخص العامة؛ ففى أحكام المسئولية المدنية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف فى شأنه .

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من الحريات والرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التى بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص — على سبيل الانفراد والاستئثار — التسلط على شىء أو اقتضاء أداء

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠١ .

معين من شخص آخر «(١)» .

ويراعى أننا قد أغفلنا فى صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية أو الدعوى التى يزود بها الحق . ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عناصر الحق الجوهرية ومقوماته الداخلية . فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون ، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق ، مما يفترض أنها تالية فى الوجود لوجود الحق ، فلا يتأتى منطقا ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية .

فالدعوى اذن أثر من آثار وجود الحق وليست عنصرا من عناصره

---

(١) يدخل هذا التعريف فى الاعتبار الطبيعة المركبة للحق التى اغفلها او غفل عنها بعض الفقهاء بقصد اعطاء تصوير موحد للحق على اختلاف أنواعه . فتعريف الأستاذ « دابان » للحق بأنه تبعية اختصاص وتسلط (appartenance-maîtrise) (Dabin, op. cit., pp. 80 et s.) يكاد ينصرف الى نوع معين من انواع الحق هو « الحق العينى » ، وهو مايكشف عنه التمحل الظاهر فى اعتبار كل حق نوعا من الملكية حتى ولو كان الحق حق دائنية ومحله مجرد اداء أو عمل يقتضى لا شىء من الأشياء يمتلك (Dabin, op. cit., p. 85)

وتعريف الأستاذ « بونار » للحق بأنه سلطة اقتضاء من الغير (Bonard, Le contrôle Juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1934, Nos. 14, 15).

ان كان يبرز فكرة الرابطة القانونية فى الحق كما نرى ، الا انه يقصرها على رابطة الاقتضاء وحدها بابراز فكرة الالتزام المقابل للحق ، بحيث لا يصدق الا فى شأن الحقوق التى تفترض مثل هذه الرابطة كالحقوق الشخصية او حقوق الدائنية ، دون بقية الحقوق وخاصة الحقوق العينية التى تختفى فيها فكرة الالتزام المحدد المقابل نظرا لطبيعة الرابطة القانونية فيها وكونها مجرد رابطة تسلط لا رابطة اقتضاء .

راجع فى ذلك : ١)
H. Kira, thèse précitée, p. 105, note

الجوهرية «(١)» . ومن هنا كان كل حق مزودا بالضرورة بدعوى تؤكده وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء «(٢)» من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو « الالتزام الطبيعى » لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المـدين طوعـا واختيـارا فيعتبر وفـاؤه صحيحـا منتجـا لآثاره القانونيـة ، مثل غير مجد فى هذا الشأن . فمثل هذا الالتزام ليس بالالتزام القانونى بالمعنى الصحيح ، وبالتالى لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا ، لم يكن تخلف وجـود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بمثل هذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميـه . فاذا انقضى دين بالتقادم مثلا ،

---

(١) فى هذا المعنى :

Ionencu, thèse précitée, No. 29, pp. 63 - 66. —Réglade, op. cit., pp. 83, 90. H. Kira, thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ص ١٥

ولكن اذا كانت الدعوى أثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع حتما وجود الدعوى ، الا أن العكس ليس بصحيح . فليس فى وجـود دعوى من الدعاوى دليل حتمى على وجـود حق من الحقوق . فالدعوى ليست هى الحق نفسه فى حال الحركة ينشط للدفاع عن اعتداء واقع عليه كما كان يذهب الفقه التقليدى (Garsonnet et Cézar-Bru, Traité de procédure civile et commerciale, 3e éd., 1912, t. I, No. 351)، وانما للدعوى كيان مستقبل قائم بذاته بحيث ـ كما تكون وسيلة لحماية الحقوق ـ تكون كذلك وسيلة لحماية مايرى القانون حمايته ـ نظرا لما له من قيمة معينة ـ من مصالح وأوضاع لا تبلغ مبلغ الحقوق (فى هذا المعنى :

Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse Lyon, 1939, No. 156, pp. 315,319.- Dabin, op. cit., p. 102. — H. Kira, thèse précitée, pp. 89, 90. — Morel, Traité élémentaire de procédure civil, 2e éd. 1949, No. 25.

(٢)

Capitant, op. cit., No. 91 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 188 — Nerson, thèse précitée, No. 155, p. 313.

فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالى لاتكون بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ؛ ورتخلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانقضائه »(١) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 98, 99

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ . ـ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٦ و ١٧ . ـ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

الفصل الثالث

أنواع الحق *

٢٤٠ ـ تعدد انواع الحق وتقسيماته

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر اليها . وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية . ولذلك فاذا كنا سنشير الى هذه التقسيمات المتعددة ، فلكى نستصفى منهـا من بعد ما يجب ـ لأهميـة ـ الوقوف عنـده والخوض فيه بشىء من البيان والتفصيل .

١ ـ فثم تقسيم للحقوق الى **حقوق سياسية** (droits politiques) **وحقوق مدنية** (droits civils) «(١)» . ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للأفراد باعتبارهم أعضـاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق

---

* **المراجع :**

Capitant, op. cit., Nos. 74 - 90 — Dabin, op. cit. pp. 165 - 236 — De la Gressaye et Laborde-Lascoste, op. cit., Nos. 359-366. — Ionescu, thèse précitée Nos. 89-131. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 143 - 146. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 158 - 172.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٧ ـ ٧١ . ـ جميل الشرقاوى، المرجع السابق ، ص ٣٠ ـ ٥٧ . ـ عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ ـ ٧٨ . سليمـان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٠٤ ـ ٢٠٩ ـ شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، فقرات ١٦ ـ ٢٤ . ـ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ ـ ١٤٥ . ـ محمد سامى مدكور ، نظرية الحق ، ص ٩ ـ ٣٤ .

(١) انظر فى ذلك :

Capitant, op. cit., No. 75.

تولى الوظائف العامة • ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ؛ وبذلك يضم هذا النــوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف أنواعهـا ولكن يجمعها انتفاء الصفــة السياسيــة •

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة • اذ تنحصر أهميتــه فى أن الحقوق السياسية ــ كأصل عام ــ حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب ، اذ هى ــ بما تخول من حق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ــ لاتتصور ثابتة الا للمنتمين بجنسيتهم الى هذه الدولة ؛ بينما تثبت الحقوق المدنيــة فى الأصل ــ على خلاف ذلك ــ لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية «[١]» •

٢ ــ وقــريب من هذا التقسيم تقسيم الحقــوق الى **حقوق عامة** (droits publics) **وحقوق خاصة** (droits privés) • ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التى يحكمها القانون العام نظرا لتعلقها بحق السيادة فى الجماعة، سواء كانت حقوقا للأفراد قبل الدولة بوصفها صاحبة السيادة فى الجماعة «[٢]» ، أو حقوقا للدولة بوصفها هذا قبل الأفراد • أما الحقوق الخاصة ، فهى تلك الحقوق التى يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة فى الجماعة وقيامها بين الأشخاص بوصفهم أشخاصا عاديين • غير أن هــذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص على

---

(١) اذا كان هذا هو الأصل ، فقد ترد عليه بعض استثناءات معينــة ؛ كتخويل الاجاب التمتع ــ فى حدد معينة ــ ببعض الحقوق السياسية ، أو حرمانهم من التمتع ببعض الحقوق المدنية كحرمانهم فى مصر من حق تملك الأراضى الزراعيــة (القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١) •

(٢) انظر فى ذلك خاصــة :

Barthélemy, Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français, thèse. Toulouse, 1899. — Bonnard, Les droits publics subjectifs des administrés, Revues du droit public et de la science politique, 1932, pp. 695 et s.

التفصيل السابق بيانه(١)، فهو لا يضيف جديدا (٢) يجعلنا نتوقف عنده .

٣ ـ وثم تقسيم آخر تقليدى للحقوق الى **حقوق مطلقة** (droits absolus) **وحقوق نسبية** (droits relatifs) ، وذلك بالنظر الى درجة مفعوليتها ومدى انصراف أثرها الى الغير . فتكون مطلقة الحقوق التى تنتج أثرها ويحتج أثرها الا فى مواجهة شخص معين أو أشخاص معينين بالذات كحق الدائنية. بها فى مواجهة شخص معين أو أشخاص معينين بالذات كحق الدائنية . ولكن مثل هذا التقسيم قد بولغ فى قدره وأهميته وكان وما يزال محلا لاختلاف كبير حول تأويله ومعناه ، حتى ذهب بعض الفقهاء الى نفيه وانكاره على أساس القول بأن الحقوق جميعا دون تمييز حقوق مطلقة من حيث وجوب احترامها على الكافة ونفاذها فى حقهم . ولذلك فاذا كان لهذا التقسيم معنى مستقيم ، فهو معنى قائم ـ كما سنرى ـ على التفرقة بين الحقوق من حيث كيفية ممارستها ، وهل تتوقف هذه الممارسة على ضرورة تدخل شخص آخر غير صاحب الحق كما فى الحق الشخصى أو حق الدائنية فتكون حقوقا نسبية ، أو تستغنى عن مثل هذا التدخل حيث يكون لصاحب الحق سلطان مباشر على محل حقه كالحق العينى فتكون من هذا الوجه حقوقا مطلقة .

٤ ـ وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى **حقوق حالية** (droits actuels) من ناحية ، **وحقوق مؤجلة او مستقبلة** (droits futurs) **وحقوق شرطية** (droits conditionnels) **وحقوق احتمالية** (droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس مثل هذا التقسيم بالذى يجب التوقف عنده ، فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقينى حال أم غير ذلك ، ولذلك تنحصر أهميته فى فترة الشك من أمر هذا الوجود ، فاذا الحسم

---

(١) راجع سابقا ، فقرات ٢٩ ـ ٣٢ .

(٢) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143

هذا الشك باثبات الوجود لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقــوق عن بقيــة الحقوق ، أو انحسم بنفي هــذا الوجود لا تكون حينئذ بصــدد حق من الحقــوق «[١]» •

٥ ــ وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء هو تقسيمها الى **حقوق مقيدة او مراقبــة** (droits contrôlés) **وحقوق مطلقة او تقديرية** (droits discrétionnaires) [٢] ، حيث يخضع استعمال أصحاب الأولى لها لتعقيب القضاء ورقابته بينما يترك استعمال الثانية لمحض تقدير أصحابها دون رقابة عليهم فى ذلك • وسنرى أن هذا التقسيم تقسيم وهمى ، وأن الحقوق جميعــا من هذا الوجه مقيده الاستعمــال تخضع فى ذلك لرقابــة القضاء وتقييه على ماسنبينه بعد فى نظرية « التعسف فى استعمال الحق »

٦ ــ وهناك تقسيم جديد للحقوق أخذ يروج بين الفقهاء المحدثين هو تقسيمها الى **حقوق فردية او فيما بين الافرد** (droits individuels ou inter-individuels) **وحقوق جماعية او طائفية** (droits corporatifs) [٣]

ويقصد بالحقوق الفردية تلك الحقوقالتى تثبت للأشخاص بوصفهم أشخاصا فيما بينهم وقبل بعضهم البعض • أما الحقوق الجماعية أو الطائفية فيقصد بها تلك الحقوق التى تثبت داخل نطاق الهيئات أو الجماعاتالمنظمة ذات الشخصية المعنوية ، اما فى العلاقة بين هذه الهيئات أ والجماعات وبين أعضائها من الأشخاص سواء كانت الحقوق لهم قبلها أم كانت لها قبلهم ، أو فى العلاقة بين هؤلاء الأعضاء بعضهم ببعض بوصفهم أعضاء منتمين

---

(١) انظر فى نقد هذا التقسيم كذلك :
Dabin, op. cit., pp. 165, 166.

(٢) انظر بصفة خاصة :
Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 19.

(٣) انظر فى ذلك :
......jS Grassaye et Laborde - Lacoste, op. cit. No. 366 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 146.

الى هذه الهيئات أو الجماعات . وليس لمثل هذا التقسيم من أهمية غير أهمية ابراز الاطــار الخاص الداخلى لحياة ونشاط الجماعات والطوائف المختلفة فى علاقاتها بأعضائها أو فى علاقات أعضائها بعضهم ببعض «[١]» .

٧ — وقريب من هذه الحقوق الجماعية أو الطائفية **«حقوق الأسرة»** (droits de famille) ، وان كانت لاتختلط بها لأن الأسرة ليست جماعــة منظمة متمتعة على هذا الأساس بالشخصية المعنوية ، والحقوق الجماعية أو الطائفية تفترض وجود مثل هذه الجماعة المنظمة ذات الشخصية المعنوية لأنها تفترض وجود حقوق لهذه الجماعة قبل أعضائها وحقوق لأعضائها قبلها «[٢]» . ولذلك تقتصر حقوق الأسرة على العلاقــة بين أعضاء الأسرة أنفسهم بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبــار مركزه فى هذه الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطــة الأب أو حقه فى تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطــة الزوج على زوجته وحقه عليهــا فى طــاعتــه .

ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز فى مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم واجبات كذلك فى نفس الوقت «[٣]» . فالأب مثلا ان كانت له سلطة تأديب أولاده ، فعليــه أيضا واجب هذا التأديب ، والزوج ان كان له حق الطاعــة على زوجته ، فعليه كذلك واجب ايوائها باعداد مسكن الزوجية المناسب وواجب الانفاق عليها . ومرد هذه الخصيصة فى حقوق الأسرة وسلطاتها الى أن هذه الحقوق والسلطــات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة ، وانما

---

(١) Marty et Raynaud, ibid

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 203, 204 — Marty et Raynaud, op. cit. No. 146

وقــارن :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 366

(٣) Capitant, op. cit., No. 90

تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ولتحقيق مصلحة الخاضعين من أعضاء الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطــات •

والأصل أن حقوق الأسرة حقوق غير ماليــة ، فلا يملك أصحابهــا التعامل عليهــا بالتصرف فيهــا أو التنازل عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ، ولا تنتقل بالموت الى ورثة أصحابها • غير أن ثم حقوقــا مالية تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم فى الأسرة وعلاقات القرابة التى تربطهم بغيرهــا ، كحق الارث وحق النفقة ؛ ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا ماليــة خالصــة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة «١» •

٨ ـ غير أن التقسيم التقليدى الذى جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته أكثر التقنينات هو تقسيم الحقوق الى **حقوق مالية** (droits pécuniaires ou patrimoniaux) **وحقوق غير مالية** (droits extra-patrimoniaux) • ومثل هذا التقسيم له فائدة غير منكورة فى تأصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقــوق ، تبعا لتوافر أو تخلف القيمــة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من الدخول بها فى دائرة التعامل أو الخروج بها عنها بما يصاحب ذلك من آثار مختلفــة ؛ بحيث تدخل الحقوق المالية وحدها فى الذمة المالية مكونة جانبها الايجابى ، وتكون ـ بهذا الوصف ـ على نقيض الحقوق غير المالية ـ قابلة للتصرف والحجز والتقادم والارث • ولكن فائدة هذا التقسيم لا تحجب عدم قطعه ودقته «٢» • فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة • وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المــالية لا يلبث أن يولد حقوقا مالية بالتعويض • هذا فضلا

---

(١) Capitant, ibid.

(٢) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 144 — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 158.

وانظر كذلك فيما يعيبه بعض الفقهاء على هذا التقسيم من انه لا يتعلق بالحقوق نفسها بقدر ما يتعلق بما تمثله من قيم مادية او معنوية :

Dabin op. cit., p. 166

عن أن بعض الحقوق يستعصى ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها نظرا لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهنى أو حق المؤلف الذى يعطى صاحبه حقا معنويا فى الأبوة على خلقه الفكرى وكذلك حقا ماليا فى احتكار استغلاله.

٩ — ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين [١] نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من أثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الأساس الى **حقوق الشخصية** (Les droits de la personnalité) **والحقوق العينية** (Les droits réels) **والحقوق الشخصية او حقوق الدائنية** (Les droits personnels ou de créance) **والحقوق الذهنية** (Les droits intellectuels)

وربط هذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، والحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معا فى نفس الوقت. فنعرض لكل من هذه النماذج فى مبحث على حدة .

---

(١) Dabin, op. cit., p. 167 et s. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 145.

المبحث الأول

حقـوق الشخصيـة *

Droits de la personnalité

٢٤١ ـ التصوير السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهـاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التى تنصب على عناصر الشخصية فى مظاهرهـا المختلفة : المـادية والمعنوية ، والفردية والاجتماعيـة «[١]» ؛ بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على عناصر شخصيته ، وبقصد حماية وتنمية هذه الشخصيـة .

حقوق الشخصية وحقوق الانسان : اذا كان الاصطلاح السائد فى الفقه للتعبير عن هذه الحقوق هو اصطلاح « حقوق الشخصية » ، فثم اصطلاح آخر يزاحمه ويختلط به فى كثير من الأذهان هـو اصطلاح « حقـوق الانسان » (Les droits de l'homme) أو « الحقوق الوليدة مع الانسان » (Les droits innés) ، أو الحقوق العامـة (Les droits publics) .

---

* المراجع :

Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, 1939. — Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501-536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Dabin, op. cit., pp. 169-177. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 99-110. — Marty et Raynaud, op. t. I, Nos. 145, 331-334. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 621-653.

Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture Juridique française, t. II, 1946 : Les droits de la personnalité en droit français et en droit suisse, rapport de MM. Amiaud et Simonlus et discussions, pp. 82-92, 292-330.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٨ ــ ٢٤ . ــ عبد الحى حجازى ، المرجع السـابق ، ص ٢٤ ــ ٤٦ . شمس الـدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ ــ ١٤٢ .

(١) Dabin, op. cit. p. 169.

والواقع أن مدلول من الاصطلاحين ليس بعيدا عن الآخر ، لاشتراكهما فى معنى حماية الشخصية فى مقوماتها وعناصرها الأساسية . الا أنه يبقى أن اصطلاح « حقوق الانسان » انما يقصد به أساسا الاشارة الى ما ينبغى الاعتراف به للأفراد من حقوق مقدسة خالدة تحتمها الطبيعة الانسانية كحد أدنى وتفرضها فرضا لازما كضمان لحماية الأفراد من تحكم الدولة واستبدادها »[١]. وهذا هو ماكان يعنيه «مذهب القانون الطبيعى» حين أراد معارضة حق الملوك الالهى — الذى انتهى الى أن يصبح مبررا للاستبداد والتحكم — بهذه الحقوق الطبيعية (Les droits naturels) الملازمة للانسان والوليدة معه منذ الأزل . وهو كذلك ما كان يدعو اليه « المذهب الفردى » فى ايمانه بالانسان وضرورة تسخير الجماعة لخدمته وتوفير التمتع له بحقوقه وحرياته المقدسة الطبيعية . وتأكيد حماية الأفراد من استبداد الدولة على هذا النحو من الاعتراف لهم بحقوق مقدسة تلتزم الدولة بكفالتها وعدم المساس بها ، هو الذى ولد — فى مختلف الدول منذ الثورة الفرنسية — عدة من الاعلانات الرسمية لحقوق الانسان ، توجت أخيرا بما أجمعت عليه الأمم الأعضاء فى « منظمة الأمم المتحدة » سنة ١٩٤٨ من اصدار اعلان مشترك هو « الاعلان العالمى لحقوق الانسان » (La Déclaration universelle des droits de l'homme)

وأما اصطلاح «حقوق الشخصية » ، فيصرفه الفقهاء أساسا الى الحقوق الواردة على مقومات الشخصية وعناصرها فى علاقات الأفراد

---

(١) فى هذا المعنى :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 626

(٢) انظر فى ذلك خاصة :
René Brunet, La garantie internationale des droits de l'homme : d'après le Charte de San - Francisco (Genève, 1947), depuis la Charte de San - Francisco, (Paris, 1950).

بعضهم ببعض ، بحيث يكون الهدف فى هذا المعنى هو حماية الشخصية وحقوقها من اعتداء الأشخاص الآخرين لا من اعتداء الدولة «[١]» .

وعلى أى حال ، فهذه النظرة المزدوجة الى حقوق ذات طبيعة واحدة انما تتفرع على ازدواج القانون الى قانون عام وقانون خاص . فحماية الشخصية فى علاقات القانون العام ـ حيث تبرز الدولة بصفتها صاحبة السلطان فى الجماعة ـ تحتم الاعتراف للأفراد بحريات وحقوق مقدسة يمتنع على الدولة اهدارها وتكون قيدا يرد على سلطانها . وحماية الشخصية فى علاقات القانون الخاص ـ حيث يتساوى الأفراد فى هذه الشخصية وفى وجوب احترامها ـ تقتضى فرض الاحترام المتبادل بين الأفراد فى شأنها بما يحمى حقوق كل منهم عليها من اعتداء الآخرين .

واختلاف الزاوية التى ينظر منها الى حماية الشخصية باختلاف من يراد حماية الشخصية من اعتدائه : هل هى الدولة أو الأشخاص العاديون الآخرون ، هو الذى يبرر عدم وجود تطابق كامل بين الحقوق الداخلة تحت طائفة حقوق الانسان وتلك الداخلة تحت طائفة حقوق الشخصية . ولذلك نجد حقا كحق الملكية ـ الذى تنأى به طبيعته المالية عن أن يكون فى عداد حقوق الشخصية ـ فى طليعة حقوق الانسان التى عنيت اعلاناتها الرسمية منذ البداية بابرازه كحق من الحقوق الطبيعية المقدسة للانسان ، لاعتباره لازما لوجود الفرد لزوما يستوجب حمايته من اعتداء الدولة وتقييدها بوجوب احترامه «[٢]» .

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 626.

(٢) Mazeaud, ibid.

وانظر كذلك فى ضرورة التمييز بين « حقوق الانسان » و « حقوق الشخصية » :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 145.

ومهما يكن من أمر التطابق أو الاختلاف بين حقوق الانسان أو الحقوق العامة وبين حقوق الشخصية بالمعنى الذى أوضحناه ، فان الأولى تدخل دراستها تفصيلا فى دراسة القانون العام والقانون الدستورى بوجه خاص حينما يعنى ببيان قيود وحدود السلطات العامة فى الدولة بما يثبت للأفراد من حريات وحقوق طبيعية مقدسة . ولذلك سوف نقتصر فى هذا المقام على بحث « حقوق الشخصية » بالمدلول الذى حددناه كحقوق واردة على مقومات الشخصية وعناصرها ، وبقصد تأكيدها وحمايتها أساسا من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين لا من اعتداء الدولة .

تعداد حقوق الشخصية : اذا كان جمهور الفقهاء يعترف بحقوق الشخصية كطائفة مستقلة من الحقوق ، الا أن الاتفاق ليس سائدا بينهم حول قائمة هذه الحقوق أو تعدادها . فثم حقوق الأسرة التى تثبت لبعض أعضاء الأسرة قبل بعض كحق الأب فى الولاية على أبنائه وحق الأب أو الأم فى حضانة الصغار وحق الزوج فى طاعة زوجته أو فى طلاقها ، يقع الاختلاف حول اعتبارها أو عدم اعتبارها من حقوق الشخصية . ولكن اذا أطرحنا مثل هذا الاختلاف جانبا ، نجد الاتفاق قائما بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أولين يعكسان وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، والى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستوجبه من حماية .

(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية : نجد فى طليعة هذه الحقوق **الحق فى الحياة** (droit à la vie) ، **والحق فى السلامة البدنية او الجسمية** (droit à l'intégrité physique) .

فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالأصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة طبية للمريض الا بعد الحصول على

موافقتـه «[١]» ، وأن الشخص لا يمكن اجبـاره على الخضوع لتجاريب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بهـا . غير أن هذا الأصل ليس بالمطلق ، ففى الأحوال التى يستحيل فيهـا الحصول على اذن المريض أو أقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحتـه أمرا ضروريا وعاجلا ولا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحـة رغم تخلف اذن صاحب الشأن «[٢]» . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص ــ فى أحوال معينة ــ على الخضوع لفحوص طبيـة أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الأمراض أو الأوبئة . بل وقد يتولى القضـاء نفسه ــ فى صدد خصومة مطروحة أمامه ــ اخضاع أحد الخصوم لفحص طبى أو تحليل علمى معين ؛ ولكن يكون لهذا الخصم أن يرفض الخضوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، اذ قد يستخلص القـاضى من رفضـه ــ مع انعدام أو قلـة مخاطر الفحص أو التحليل المتطلب ــ قرينة قضـائيـة تعزز دعـوى خصمـه «[٣]» .

واذا كان حق الشخص على جسمه يحميـه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص ــ بمقتضى هذا الحق ــ سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء .

---

(١) Mazeaud, op. cit., No. 629. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 332, et 481.

(٢) Mazeaud, op. cit., No. 629, p. 631.

(٣) بل ويذهب المشروع التمهيـدى لتنقيح التقنين المدنى الفـرنسى الى ابعد من ذلك حين يجوز للقاضى أن يعتبر هذا الرفض بمثابـة الدليل على ما كان مقصودا اثباته من وراء الفحص أو التحليل ، اذ تنص المادة ١٥٤ منه على ما يأتى : ــ

Lorsqu'une personne refuse de se soumettre à une expertise médicale ordonnée en justice sur la demande d'une partie au procès et ne comportant que l'application de méthodes conformes à la science et sans danger sérieux pour le corps humain, le juge peut considérer comme établis les faits que l'expertise avait pour but de constater » (Avant-projet de code civil, 1ère partie, 1955, p. 236. — V. aussi : Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 53-54).

ولذلك تنحو بعض التقنينات الحديثة «١» ، ويؤيدها الفقه فى ذلك «٢» ، نحو الحد من مثل هذه السلطة المطلقة — كفالة لاحترام الانسان فيما له من كيان مادى — بتحريم تصرف الشخص فى جسمه أو فى جزء منه «٣» تصرفا قانونيا حالا منجزا «٤» ، الا اذا كان مثل هذا التصرف لا يضمر خطرا على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادى «٥» . ولذلك يعتبر

---

(١) ينص التقنين المدنى الايطالى على تحريم تصرف الشخص فى جسمه تصرفا يعقب نقصا مستديما فى كيانه الجسدى . (انظر فى الاشارة الى ذلك ، عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٧) .

(٢) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٨ و ٣٩ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠ و ٢١ .

(٣) واضح ان ما ينفصل عن جسم الانسان من أجزاء او اعضاء يصح التصرف فيه بعد انفصاله ، اذ بالانفصال يصبح العضو او الجزء محل التصرف شيئا داخلا فى دائرة التعامل . (فى هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ و ٤٠ — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢١) .

(٤) وكذلك فليس الشخص مطلق التصرف تصرفا ماديا فى جسمه . ولذلك تعاقب بعض القوانين على الشروع فى الانتحار . وهى على أى حال لا تعفى من العقاب الشخص الذى يقتل آخر بناء على طلبه او بموافقته (أنظر : محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ — ٤٩١) .

(٥) وهذا ما يعنيه المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى بتحريمه مثل هذا التصرف اذا كان من شأنه المساس مساسا خطيرا ونهائيا بسلامة الجسم الانسانى ، اذ تنص المادة ١٥١ منه على ما يأتى :

« L'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps est interdit lorsqu'il doit recevoir exécution avant le décès du disposant, s'il a pour effet de porter une atteinte grave et définitive à l'intégrité du corps humain. Il en est autrement si l'acte est Justifiée par les règles de l'art médical ».

وعلى اى حال ، فحتى فى حال صحة مثل هذا التصرف يحسن أن يظل للمتصرف الحق فى الرجوع فيه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الفرنسى بقولها :

« Est toujours révocable l'acte par lequel une personne dispose de tout ou partie de son corps, que cet acte doive recevoir exécution du vivant de son auteur ou après son décès ».

صحيحا تصرف الشخص فى بعض دمه بالهبة أو البيع «[١]» .

والأصل أن حق الشخص على جسمه يظل قائما وثابتا له طوال حياته بحيث ينقضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الانسانية الواجبة للجسم فى حال الحياة وفى حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الأصل باعطاء الشخص الحق فى تحديد مصير جثته بعد موته بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب . ففى هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصى بعدم تشريح جثته ، أو يوصى بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبية لاجراء تجارب عليها ، أو يوصى بعينيه لبنك من بنوك العيون الذى يحتفظ منها برصيد يعين على رد البصر الى فاقديه «[٢]» .

(٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية : اذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هى الكيان أو الجسم المادى للفرد ، فهى تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم فى دفع ما يقع عليها من اعتداء وفى التعويض عن أضراره .

---

(١) فى هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 645, p. 638.

عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣٩ . ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠

(٢) انظر فى ذلك :

Mazeaud, op. cit., No. 631. — Marty et Raynaud, op. cit. ,No. 332.

عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٤٠ و ٤١ .

فللفرد **حق فى الشرف** (droit à l'honneur) «[١]» ، يكفل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها، بحيث يمتنع على الآخرين المساس بشخصيتـــه من نواحى هذا الاعتبار المعنوى ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق فى المطالبة برفع الاعتداء«[٢]» وبالتعويض عما لحقه من أضرار . بل ان معظم القوانين ترى فى الاعتداء على الشرف الشخصى اعتداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكتفى بالجزاءات المدنية وحدها بل تأخذ المعتدى كذلك — بشروط معينة — بجزاءات جنائية .

وللفرد كذلك **الحق فى السرية** (droit au secret) «[٣]» ، لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانيـــة مصـــونة عن التـــدخل والاستطلاع، فيمتنع على الغير افشـــاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلاعه على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته القريبة كزوج ، الا فى الأحوال التى يوجب أو يرخص القانون

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك خاصـــة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 95-109

(٢) وقد يكون الاعتداء على الشرف حاصلا بالنشر فى الصحف ، وحينئذ يكون للمعتدى على شرفه الحق فى رفع الاعتداء عن طريق تصحيح الوقـــائع المنشورة عنه والمسيئـــة الى سمعته واعتباره والزام الجريدة أو الصحيفـــة بنشر هذا التصحيح . وهذا الحق المتفرع عن الحق فى الشرف هو « حق الرد » (droit de réponse) ، اذ هو بمثابة حق الدفاع الشرعى عن الشرف .

(انظر فى ذلك خاصـــة :

Abdel-Maguid Ramadan, Evolution de la législation sur la presse en Egypte, thèse, Paris, 1935, p. 125. — Nerson, thèse précitée, No. 97. — Kira, thèse précitée, pp. 161 et s.).

(٣) راجع فى تفصيل ذلك خاصـــة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 82-94.

فيها بذلك «[1]». بل ويكفل القانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من أسرار «[2]» . ويتفرع على الحق فى السرية بوجه عام حق الشخص فى سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص .

وللفرد كذلك **حق فى الاسم** (droit au nom) ، يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه (م ٥١ من التقنين المدنى المصرى) . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعـــد .

واذا كان للفرد ــ على مارأينا ــ حق على كيانه وجسمه المادى يكفل السلامـــة المادية لشخصيته ، فان السلامة المعنويـــة (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد **بحق على الهيئة او الصورة**[3] (droit à l'image) التى تعكس كيانه المـــادى وتعتبر مظهر شخصيتـــه . ولذلك فالأصل هو

---

(١) يأخذ تقنين المرافعـــات المصرى بهذا الحكم . فهو يقرر الأصل من عدم جواز افشاء أسرار المهنة ويحدد أحوال الخروج عليه ، اذ ينص فى المادة ٢٠٧ منه على انه « لا يجوز لمن علم من المحامين او الوكلاء او الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته او صنعته بواقعة أو بمعلومات ان يفشيها ، ولو بعد انتهـــاء خدمته أو زوال صفته ، مالم يكن ذكرها له مقصودا به فقط ارتكابه جناية او جنحة » ؛ وينص فى المادة ٢٠٨ على انه « ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين فى المادة السابقة ان يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم ، على الا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

وهو كذلك يقرر الأصل من عدم جواز افشـــاء احد الزوجين أسرار الآخر ويحدد أحوال الخروج عليه ، اذ ينص فى المادة ٢٠٩ على انه « لايجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما ابلغـــه اليه أثنـــاء الزوجيـــة ، ولو بعد انفصالهمـــا ، الا فى حالة رفع دعوى من احدهمـــا على صـــاحبه أو اقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر » .

(٢) انظر خاصة المـــادة ٣١٠ من تقنين العقوبات المصرى .

(٣) وهذا ما يبرر ادراج هذا الحق ضمن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية (انظر : Mazeaud, op. cit., No. 634. — Nerson, thèse précitée No. 74) ، على خلاف ما يراه بعض الفقهاء (Perreau, article précité, p. 505) من اعتباره من حقوق الشخصية الواردة على المقومات المـــادية .

امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون اذن منه «(١)»، الا « اذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عالمية أو سمحت بها السلطات العامة خدمة للصالح العام » (م ١/٣٦ من قانون حماية حق المؤلف) «(٢)» .

ومن حقوق الشخصية الواردة على المقوامات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يتكره من أفكار . فأفكار الشخص هى صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هى شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية،ويكون حقه فى أبوتها — وهو مايعرف باسم الحق المعنوى الذهنى أو «الحق المعنوى للمؤلف» (Le droit moral de l'auteur) — حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا ينفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استغلالها ماليا الى غيره . وهذا الحق المعنوى يخول صاحبه سلطة تقرير نشر أثره الفكرى أو عدم نشره ، وحق نسبته اليه وحماية هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد عندما نتناول الحق الذهنى فى طبيعته المزدوجة نتيجة جمعه بين حقين متقابلين :

---

(١) وهذا ما يأخذ به المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى اذ يخول للشخص الحق فى المطالبة بوقف نشر او عرض او استعمال صورته دون اذن سابق منه (م ١/١٦٢) . بل ويزيد على ذلك ، فى حالة نشر أو عرض أو استعمال صورة شخص متوفى بعد وفاته ، اعطاء الحق لزوجه واقربائه المباشرين من الدرجة الأولى فى الاعتراض على ذلك اذا كان من شأنه المساس بشرف المتوفى أو اعتباره (م ٢/١٦٢) ؛ ولكن يبدو أن الأمر حينئذ لا يعنى « الحق فى الصورة » بقدر ما يعنى « الحق فى الشرف » الذى يظل قائما بعد الوفاة كفالة لذكرى المتوفى ، فيكون هو سند أصحاب حق الاعتراض فى دعواهم ، خاصة وقد استبعدت « لجنة التنقيح » اقامة حق الاعتراض على اساس المساس بشرف واعتبار الاسرة نفسها (أنظر :
Travaux de La Commission de réforme du code civil, 1950-1951, p. 61)

(٢) ولكن حتى فى هذه الاحوال تبرز ضرورة حماية شرف الشخص ، ولذلك تمضى المادة فتنص على أنه (... لا يجوز ، فى الحالة السابقة ، عرض صورة أو تداولها اذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره) .

حق مالى كبقية الحقوق المالية ، وهذا الحق المعنوى اللصيق بالشخصية.

(٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية : لا بد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدى دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجىء ، وحرية التفكير ، وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك .. فللأفراد حق فى هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية من حيث تأمين وظيفتها ونشاطها ، واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعه ووقفه والتعويض عن أضراره .

٢٤٢ ـ تحديد نطاق حقوق الشخصية

تلك هى حقوق الشخصية ونطاقها فى التصوير السائد فى الفقه الحديث لها . غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى . وهو يؤدى كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعة مصطنعة ، ليس من مبرر لها الا مجرد التجوز فى التعبير والترخيص فى اغداق اصطلاح « الحق » دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق . ويكشف عن أمر هذه التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال ـ حتى فى نظر الفقهاء الداعين لها ـ مفتقرة الى كثير من التحديد والتماسك .

وقد أحسن المشرع المصرى بالاحجام عن مسايرة الفقهاء المحدثين فى تعديد ما يعتبرونه من حقوق الشخصية مكتفيا بالاشارة الى حمايتها بصفة عامة [1] بنصه على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من

---

(١) وهذه الحماية يؤكدها كذلك بصفة خاصة فى صدد حق من حقوق الشخصية هو حق الاسم ، بنصه على ان « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

الحقــوق الملازمــة لشخصيتــه ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » (م ٥٠ مدنى) . وهذا المسلك هو الذى تسلكه كذلك بعض القوانين الحديثة كالقانون السويسرى «[١]» .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر فى قائمة الحقوق التى يقدمها الفقهــاء لطائفة حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا العدد القليل . فاذا أطرحنا جانبا حقوق الأسرة ـــ وهى حقوق بالمعنى الصحيح «[٢]» ـــ أمام الاختلاف على ردها الى حقوق الشخصية ، لم

---

(١) ومع ذلك ينهج المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى نهج الفقه السائد فى تفصيل حقوق الشخصية وآثارها وحمايتهــا ، ويجعل لها مكان الصدارة فى كتابه الأول .

(٢) ومع ذلك، فيذهب بعض الفقهاء (H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, pp. 372, 373.) الى انكار وصف الحق على طائفة حقوق الأسرة، بدعوى أن ماتخوله هذه الحقوق من سلطات لا يعطى لصالح من تسند اليه وانما لصالح من يخضع لها من الأشخاص ، كسلطة الأب فى الولاية تخول له ـــ لا لصالحه ـــ وانما لصالح أولاده .

وواضح أن مثل هذا الانكار انما يقوم على أساس اخذ الحق على أنه مصلحة فى جوهره والقول بالتبعيــة بتخلف المصلحــة الشخصية لأصحاب حقوق الأسرة ، وقد سبق لنا انتقاد ورفض تصوير جوهر الحق على هذا النحو (راجع سابقا ، فقرة ٢٣٧) . ولكن ـــ حتى بافتراض صحــه هذا التصوير وفى حدوده ـــ يكون لأصحاب حقوق الأسرة دائما مصلحــة شخصية فيما تخولهم من سلطات الى جانب مصلحــة الخاضعين لهذه السلطــات . فالسلطة الأبوية اذا كانت مخولة للأب لتحقيق مصلحــة الأولاد ، فان للأب كذلك مصلحــة جدية لا تنكر فى استئثــاره وحده بهذه السلطات على أولاده واستبعاد كل مزاحمة له من قبل الغير فيها . وليس فى وقوع واجبــات على عاتق أصحاب حقوق الأسرة مقابلة لما يتمتعون به من سلطات ماينفى صفه الحق عن هذه الحقوق او السلطات ، فان وجود مثل هذه الواجبات أمر طبيعى ما دام اصحاب هذه الحقوق ـــ نظرا لمركزهم فى الأسرة ـــ يــؤدون وظيفــة معينة بالنسبة الى بعض اعضاء الأسرة الآخرين ، فتكون الحقــوق المخولــة لهم اذن ـــ بما تعطيهم من سلطات ـــ بمثابة الوسيلة اللازمة لتمكينهم من
=

يبق من حقوق الشخصية الا طائفتان كبيرتان : طائفة أولى تضم الحقوق الواردة على مقومات الشخصية ، مادية كانت هذه المقومات أو معنوية . والطائفة الأخرى تشمل الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية .

أما فيما يتعلق بالطائفة الأخيرة وهى طائفة الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية، فهذه هى الحريات أو الرخص العامة التى تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستئثار والانفراد . وقد سبق أن أشرنا الى أن مثل هذه الحريات أو الرخص العامة تفتقد مقومات الحقوق بالمعنى الدقيق «[١]» . فتسميتها بالحقوق اذن واعتبارها بالتبعية من حقوق الشخصية ، ليس الا من باب التجوز فى التعبير .

وأما الطائفة الأولى وهى طائفة الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فلا نجد من بينها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا عدد محدود معدود . ذلك أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه ، وبديهى أن يكون المحل منفصلا عن الشخص أو الصاحب ، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له فى نفس الوقت ؛ وأكثر حقوق هذه الطائفة يرد على الشخص ذاته لا على محل

اداء هذه الوظيفة . فالاب يثبت له حق الولاية على أولاده ليمكنه ــ بما يخوله من سلطات ــ من اداء وظيفته أو واجبه قبلهم من الاطعام والحماية والتعليم والتربية والتهيئة للحياة .

انظر فى اثبات وصف الحق لحقوق الأسرة وانتقاد انكاره :

Dabin, op. cit., pp. 226-228, 230, 231. — Ionescu, thèse précitée. No. 104— Kira, thèse précitée, pp. 114, 115.

وانظر خاصة فى اثبات وصف الحق بصفة عامة للحقوق الوظيفية (droits-fonction) : Dabin, op. cit., pp. 229-236.

(١) راجع سابقا ، ص ٥٦٤ وما بعدها .

وانظر كذلك فى هذا المعنى :

Capitant, article précitée, pp. 371-374.

H. Kira, thèse précitée, pp. 93-105.

خارجي عنه «١» ، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقوق . أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ماله كيان خارجي قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنات والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغي اعتبار الحق في الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على شيء له كيان خارجي قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المعنوى للمؤلف يعتبر حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على أثر فكرى قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير ، وان كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة .

وليس معنى انكارنا صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء بحقوق الشخصية ، أننا نذر القيم والمصالح التى تمثلها دون حماية كما يظن البعض «٢» . فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد فى سلامة جسمه أو شرفه وسمعته أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وانما ليس بحتم أن تكون وسيلة الحماية هى اصطناع حق يفتقد

---

(١) فى هذا المعنى :
H. Kira, thèse précitée, p. 91.
وانظر كذلك فى امتناع اعتبار مكنات الانسان الطبيعية اللازمة له محلا للحق واقتصار المحل على مظاهر هذه المكنات فى العالم الخارجى :
Nerson, thèse précitée, No. 171.
واذا كان اكثر حقوق هذه الطائفة نعتبره واردا على الشخص ذاته وهو صاحبها لا على محل خارجي عنه ونرفض لذلك اعتبارها حقوقا بالمعنى الدقيق ، فلا يفلح فى دفع هذا الاعتبار ما يذهب اليه البعض (E. Picard l.c. droit pur, § 37, 41, 42) من التفرقة بين « النفس » (Le Moi) كصاحب للحق وبين « غلاف النفس » (L'enveloppe de Moi) كمحل للحق ، أو ما يذهب اليه بعض آخر (Dabin, op. cit., p. 169). من التفرقة بين « الشخص » كصاحب الحق وبين « مقومات او عناصر الشخصية » كمحل الحق . فكل هذه التبريرات التى لا يخفى اصطناعها أمام استحالة الفصل بين النفس وغلافها او بين الشخص ومقوماته وعناصره ، انما تستر حقيقة الواقع من أن هذه الحقوق حقوق وهمية لاتحاد الصاحب والمحل فيها .

(٢) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 653

مقومات الحقوق • فالحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه المناقضة الظاهرة ، اذ فى فكرة المسئولية غناء عن عناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة •

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التى ننكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها • فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية ، لايوجد بعد حق فى سلامة الجسم أو فى الشرف أو فى السرية أو فى الحرية • وانما ينشأ ـ بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ـ حق للمعتدى عليه فى حمايتها واصلاح أضرار الاعتداء عليها ؛ وهذا الحق انما مصدره فعل الاعتداء غير المشروع ومسئولية المعتدى عن خطئه المتمثل فى هذا الاعتداء «١» • ذلك أن الرابطة القانونية ـ وهى قوام الحق كما رأينا ـ لاتنشأ قبل هذا الاعتداء «٢» ، لأنه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الأشياء ، أو حق بعد فى اقتضاء أداء معين من شخص معين من الأشخاص«٣» •فكأن هذه الحقوق المزعومة اذن فى سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية ليست الا حقوقا فى اصلاح أو تعويض الضرر الواقع

---

(١) فى هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Kira, thèse précitée, pp. 91, 92.

(٢) فى هذا المعنى :

Kira, thèse précitée, pp. 115, 116.

(٣) وليس صحيحا القول بأن للشخص حقا فى اقتضاء امتناع الكافة عن الاعتداء على سلامة جسمه او شرفه او سره او حريته ، اذ لا يقع على الكافة ـ كما سنرى ـ التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح.

على الشخص فى مقوماته المـادية أو المعنوية أو فى حرياته «١» .

فحماية مقومات وحرية نشاط الشخصية انما تغنى فى شأنه اذن فكرة المسئولية عن اصطناع حقوق وهمية كالجانب الأكبر مما يسميه جمهور الفقهاء بحقوق الشخصية . ولعل الذى حدا بالجمهور الى مجاوزة الواقع وسلوك طريق التحايل والاصطناع هو ما كان شائعا فى الفقه التقليدى من بناء المسئولية على أسس غير سليمة . فقد كان الشائع فيه أن قيام المسئولية يفترض المساس بحق من الحقوق، ومن هنا يفهم وجه الحاجة الى اختراع هذه الكثرة من حقوق الشخصية توصلا الى تيسير تحقيق المسئولية وحماية لمقومات وحرية نشاط الشخصية «٢» . أما وقد عدل الفقه الحديث اليوم عن مثل هذا التصوير بحيث أصبح توافر المسئولية غير مرتهن بوجود حق سابق يخرق أو يمس «٣» طالما توجد مصلحة مشروعة ينجم عن المساس بها ضرر محقق «٤» ، فلم تبق حاجة بعد الى استبقاء ما اصطنع من حقوق الشخصية ، خاصة وأن القيم والمصالح التى تتصدى هذه الحقوق المزعومة لتمثيلهـا تظل مكفولـة الحمـاية دون احتياج الى التحايل على اعطائها وصف الحقـوق .

---

(١) وهذا ما حدا ببعض الفقهـاء الى القول بانه لا يـوجد حينئـذ « حق محـدد » (droit déterminateur) تكفله دعوى من الدعاوى ، وانما توجد مجرد دعوى لا تستند الى حق سابق يصح تسميتها فى ذاتها بالحق الجزائى (droit sanctionnateur).

انظر فى تفصيل ذلك :

Nerson, thèse précitée, Nos. 162, 174, 178.

(٢) فى هذا المعنى :

Kira, thèse précitée, note (1), pp. 102, 103.

(٣) فى هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 163 — Roubier, préface à la thèse de M. Nerson.

(٤) H. et L. Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contracutelle, t. I., 4e éd., Nos. 275, 276, 291.

نخلص من كل ذلك الى أن الكثرة الغالبة مما يجرى جمهور الفقهاء على اعتباره من حقوق الشخصية لا تتوافر لها مقومات الحقوق ، وأن اعتبارها من قبيل الحقوق وتسميتها كذلك ليس الا من قبيل التجوز فى التعبير • أما القلة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعددها الفقهاء ، فهى وحدها التى يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، بحيث يكون لجمعها — بين أنواع الحق — فى طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق الشخصية » ما يبرره من تميزها بخصائص ذاتية لا تشاركها فيها بقية طوائف الحقوق •

٣٤٣ — خصائص حقوق الشخصية «(١)»

من الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لا تنفك ملازمة ولصيقة بالشخص ، وهو ما يستتبع اثباتها لصاحب معين لا تغيره «(٢)» ، بحيث تنقضى بموته وانقضاء شخصيته **فلا تنتقل من بعد موته بالميراث الى ورثته** . وهذه الحقوق — نظرا لالتصاقها بالشخصية — تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا غير مالية أى لا تقوم بمال • وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل ، **فتكون غير قابلة للتصرف فيها او الحجز عليها** ، **وتكون غير قابلة للسقوط او الاكتساب بالتقادم** • وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبته فى حياة الأب لأولاده ، فهو لاينتقل الى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لا يقبل التصرف أو التنازل ولا يسقط مهما طالت مدة اهماله وعدم استعماله • والحق المعنوى للمؤلف يظل له وحده حتى ولو تنازل عن احتكار استغلاله ، وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه «(٣)» •

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 180-208.

(٢) Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, No. 643

(٣) المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف •

ولكن لا تجب المبالغة فى مدى هذه الخصائص ، فهى ليست على النحو من الا طلاق الذى قد يظن بها •

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا أنها قد تستتبع آثارا مالية ، اذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقا ماليا فى التعويض ؛ وهذا ما تقرره المادة ٥٠ من التقنين المدنى بقولها « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » • ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه فى استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (م ٥١ مدنى) • ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوى من سلطات معينة على مصنفه أو أثره الفكرى ، وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر •

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق لبعض حقوق الشخصية كما فى هذه الحالات، يخول صاحبه ــ فضلا عن المطالبة بالتعويض وفقا لقواعد المسئولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية ــ المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على اثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء • ولا يجب أن يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق ــ والحق اختصاص واستئثار ــ مصلحة ــ ولو معنوية ــ قائمة دائما وظاهرة فى منع الغير من مشاركته فى سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة اذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقا بها • ولذلك فحيث يعتدى على حق من الحقوق ــ وخاصة اذا كان من حقوق الشخصية ــ فان الاعتداء يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، ويولد المصلحة

لصاحب الحق فى المطالبة برد الاعتداء وايقافه »[١] .

وكذلك اذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، ألا أنه خروجا على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات فى شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظـام العام والآداب . ومن قبيل ما يعتبر صحيحا من هذه الاتفاقات : ترخيص الشخص فى استعمـال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبى ، أو اذن الشخص لكاتب أو روائى فى اطـلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص فى استعمـال اسمه كاسم تجارى ، أو ترخيص فنان مشهـور فى اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان «[٢]» . وكذلك يعتبر صحيحا فى فرنسا ــ حيث تتسمى الزوجة بلقب زوجهـا ــ ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة فى الاستمرار فى التسمى بلقبه واستعماله «[٣]» .

واذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة فى الأصل كذلك للاكتساب أو السقوط بالتقادم ، فقد يكون لمضى المدة ــ استثناء ــ شأن فى تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسى يدخل فى اعتباره استطالة استعمال اسم أدبى مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه فى استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتـداد

---

(١) قرب من ذلك :
Nerson, thèse précitée, No. 14; No. 174, pp. 369, 370.

(٢)
Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Perreau, article précité, p. 518

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 956, p. 1180

استعماله له هذه المـــدة الطويلة «١» .

واذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم فى بعض سلطات حقه المعنوى ، كفالة لذكراه وحماية لآثارة «٢» .

---

(١) Mazeaud, op. cit. t. I, Nos. 558, 564 et pp. 551, 552

(٢) Nerson, thèse précitée, No. 200 — Mazeaud, op. cit. t. I, No. 669.

المبحث الثانى

الحقوق العينية والحقوق الشخصية او حقوق الدائنية *

٣٤٤ — تمهيـــد

اذا كانت حقوق الشخصية التى فرغنا من عرضهـا حقوقا غير مالية ، فالى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية . وقد آثرنا دراسة الحقين معا فى مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقـة بينهما كان محلا كبيرا لجـدل الفقهـاء . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالى ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبهـا بما يتفرغ عليها من آثار .

---

* **المراجع :**

Rigaud, Le droit réel, thèse, Toulouse, 1912. — Derruppée, La nature Juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 131. — Kira, thèse précitée, pp. 93-105.

Capitant (René), Sur la nature des droits réels, Etudes Sugiyama pp. 29-37. — Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Revue de législation et de Jurisprudence, 1931, pp. 539-612.

Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e éd., t. IV, Les biens No. 49-83. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique du droit civil par Baudry — Lacantinerie, t. V, Nos. 1-108. — Dabin, op. cit., pp. 177 et s. — Planiol, Ripert et Picard, Traité pratique de droit civil français, 2e éd., t. III, Les biens, Nos. 36-49. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 654-670 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 302-307. — Mazeaud, op. cit. t. I, Nos. 159-169.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٣ . شفيق شحاته ، المرجع السابق، فقرة ٢٣ — ٣٤؛النظرية العامة للحق العينى، فقرات ٨ — ١٦ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٥٠ — ٧٨ . — محمد على عرفه ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكيـة ، ج ١ ، الطبعة الثالثـة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢ — ٧ . — محمد سـامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٣ — ٢٩ . — اسماعيل غـانم ، المرجع السابق ، ص ٢٦ — ٤٨ . — جميل الشرقاوى، المرجع السابق ، ص ٣٦ — ٥٢ .

المطلب الأول

الحــق العينى
Le droit réel

٢٤٥ ـ تعريف الحق العينى

التعريف السائد فى الفقه منذ قديم للحق العينى ، هو أنه حق يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادى «[١]» ، بحيث توجد صلة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج فى سبيل اعمال حقه والتمتع بسلطاته على الشيء الى تدخل من جانب شخصى آخر. فقوام الحق العينى اذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلةالمباشرة أمر طبيعى ما دام المحل شيئا لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الأفراد وتسلطهم دون اختيار . ولذلك سبق أن أشرنا الى أن الحق العينى يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » لأن صاحب الحق لايتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وانما هو يخضعه مبــاشرة لسلطانه وتصرفه . فالمالك مثلا صاحب عينى ، لأن له سلطانا قانونيا مباشرا على الشيء المملــوك يجعله رهن ارادتــه فيمــا يشــاء من استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه .

واذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها فى تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادى ، فانها تنقسم ــ رغم ذلك ــ الى نوعين كبيرين : « الحقوق الأصلية » (Les droits réels principaux) و « الحقوق العينية التبعيــة (Les droits réels acccssoires) . ولا يجب أن يفهم من وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز عليها . وانما تعتبر الثانية تبعية لأنها تتبع حقا من الحقوق الشخصية أو حقوق

---

(١) ولذلك سنرى ان الحق الذهنى ليس حقا عينيا ، لانه حق يرد على شيء غير مادى (انظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل) .

الدائنية وتستند فى وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له . ولذلك فاذا وصفت الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالا دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق .

٢٤٦ ـ الحقوق العينية الأصلية

قلنا ان الحقوق العينية الأصلية هى تلك الحقوق العينية المستقلة التى لا تتبع حقا آخر أو تستند فى وجودها اليه ، وانما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية . وقد عرض التقنين المدنى المصرى لتعداد الحقوق العينية الأصلية وأحكامها وطرق اكتسابها فى الكتاب الثالث من القسم الثانى منه .

واذا كانت الحقوق العينية الأصلية تمكن أصحابها من الاستحصال على مزايا ومنافع الأشياء المادية ، فان ما تخوله من سلطات لا يجاوز اذن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ماتخوله من هذه السلطات الثلاث. فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق يسمى الحق حق الملكية . وحيث تتجزأ وتتوزع هذه السلطات ، تتفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعا منه . ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الأصلية ، بينما تعتبر بقية الحقوق العينية الأصلية الأخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية .

وقد عدد التقنين المدنى الحقوق العينية الأصلية ، فذكر فى طليعتها حق الملكية ، وحدد الحقوق المتفرعة عنه بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق . فنعرض بايجاز لكل من هذه الحقوق على التوالى .

(١) حق الملكيـة (Le droit de propriété)«١» : أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات هو « حق الملكيـة » ، اذ هو يخول لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادى من استعمال واستغلال وتصرف . وبذلك تقضى المـادة ٨٠٢ من التقنين المدنى بقولها « لمـالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيـه » .

فلمالك الشيء استعماله أي استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام . وله كذلك استغلاله أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ؛ والمقصود بالثمار ما يتولد عن الشيء دوريا من فوائد أو منافع تكون بمثابة الدخل أو الربح المنتظم الناتج عن توظيف الشيء أو استثماره دون المساس بجوهره أو الانتقاص من مادته ؛ ومن أمثلتها الكلأ ونتاج الماشية وصوف الأغنـام وتعرف باسم « الثمـار الطبيعيـة »، والمحصولات الزراعيـة وتعرف باسم « الثمـار الصناعية أو المستحدثة » لتدخل الانسان بعمله فى توليدها واستخراجها ، وأجرة المبانى والأراضى الزراعية وفوائد السندات وأرباح الأسهم وتعرف باسم «الثمـار المدنية » وللمالك ــ فضلا عن ذلك ــ التصرف فى الشيء ، أى التسلط على رقبة الشيء أو على كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم فى مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كليا أو جزئيا ؛ وتصرفه فى الشيء اما أن يكون ماديا بافنائه والقضـاء على مادته أو بتغييره تغييرا جوهريا يقلب وظيفته والغرض منه ، واما أن يكون قانونيا بالتنازل عن ملكيته الى الغير أو بتقرير حق عينى أصلى آخر أو حق عينى تبعى للغير عليه .

(٢) حق الانتفـاع (Le droit d'usufruit) : هو حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه، اذ تظل سلطة التصرف باقية فى يد المالك لأنه مازال ــ رغم تقريره حق انتفاع الغير من ملكه ــ

---

(١) انظر فى ذلك : كتابنا « الحقوق العينيـة الأصلية » فقرة ٥٢ وما بعدها.

محتفظا بملكية الرقبة (La nue-propriété) • فللمنتفع اذن استعمال الشيء باستخدامه فيما أعد له (م ٩٨٨/١ مدنى) ، وله كذلك استغلاله بالحصول على ثماره (م ٩٨٧ مدنى) التى تتولد عنه دوريا دون المساس بجوهره • وعلى المنتفع — طوال انتفاعه — أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد (م ٩٩٠/١) ، وأن يرده عند انتهاء حق الانتفاع •

وحق الانتفاع — على خلاف حق الملكية — حق مؤقت ينتهى بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣/١ مدنى) •

(٢) حق الاستعمال (Le droit d'usage) **وحق السكنى** (Le droit d'habitation) : يقتصر حق الاستعمال — كما يدل اسمه — على تخويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع فى أنه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله • واذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ « حق السكنى » ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى ، ودون استغلالها من باب أولى بالتأجير مثلا الى الغير •

ويتحدد فى الأصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدنى) • ولايجوز النزول للغير عن أى منهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧ مدنى) • وكلا الحقين — كحق الانتفاع — حق مؤقت ينتهى بانقضاء الأجل المعين أو حتى قبل انقضائه فى حال موت صاحبه •

(٣) حق الحكر : يتقرر هذا الحق — وهو مأخوذ عن أحكام الشريعة الاسلامية — على الأرض الموقوفة «١» ، ويخول لصاحبه — ويسمى

المحتكر ــ استعمالها بالغراس فيها أو البناء عليهــا • وهو يملك ما يحدثه فيهــا من بنــاء أو غراس أو غيره ملكا تاما . وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢) •

ولا يجوز التحكير الا لضرورة أو مصلحة ، بأن تكون الأرض خربة تحتاج الى التعمير أو الاصلاح ولا يكفى ريعهــا للقيام به فيكون التحكير وسيله الى تحقيقه • ويجب اذن المحكمة الابتدائية به ، وصدوره فى صورة عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيل عليه من القضاة أو الموثقين، ويجب شهره وفقا لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى (م ١٠٠٠ مدنى)•

ولما كان فى التحكير تعمير واصلاح للأرض المحكرة ، فهو يتطلب عادة من المحتكر نفقات كبيرة • لذلك كان من الطبيعى أن يقرر حق الحكر لمدة طويلة يتمكن فيها المحتكر من استرجاع ما أنفق والحصول على ربح يكافىء مجهوده ؛ ولكن لا يجب على أى حال أن يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) •

وحق الحكر حق مؤقت ينتهى بحلول الأجل المعين له • ولكنه ــ على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى ــ لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه • أما اذا كانت الموت قبل البناء أو الغراس ، فالأصل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١٠٠٨/١ و ٢) •

(٤) حق الارتفــاق (Le droit de servitude) : الارتفاق ــ كما تعرفه المادة ١٠١٥ من التقنين المدنى ــ « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » • والعقار المثقل بالارتفاق أو العقار المرتفق به

---

(١) لم يعد جائزا ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفــة منذ العمل بالتقنين المدنى الجديد فى ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومع ذلك ، يظل مستمرا ما كان مرتبا من قبل وقائما وقت العمل بهذا التقنين من احكار على أرض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدنى) .

يسمى « العقار الخادم » (Le fonds servant) ، والعقـــار المرتفق أى المقرر لفائدته الارتفاق يسمى « العقار المخدوم » (Le fonds dominant) .

ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجـــد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدوم عبر العقار المرتفق به أو الخادم ، وحق المطل الذى يبيح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقررا لمنفعة عقار معين ؛ فمعنى ذلك أن هذه المنفعة عينية تتعلق بالعقار المرتفق لاشخصية تتعلق بمالكه. ولذلك فالأصل بقاؤه واستمراره رغم تغيرملاك هذا العقار. ولكن ليس معنى هذا أن حق الارتفاق يعتبر حقا أبديا أو دائما فى جوهره ، بل تملك الارادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهاؤه بانقضاء هذا الأجل (م ١٠٢٦ مدنى) .

واذا كانت الحقوق العينية الأصلية غير حق الملكيـــة ــ باعتبار أنها حقوق فرعية ــ حقوقا مؤقتة أو قابلة للتـــأقيت ، فعلى العكس من ذلك يتصف حق الملكيـــة ــ وهو الحق الرئيسى ــ بصفة الدوام والتـــأبيد . فحق الملكيـــة حق دائم يدوم ما بقى محله دون أن يطعن فى دوامـــه اختلاف الأيـــدى والملاك على هذا المحل ، فالحق نفسه لا يتغير ــ اذ هو قائم ما دام الشىء باقيا ــ وانما الذى يتغير هم أصحابه ، وبذلك يظل الشىء محملا طوال بقائه بحق الملكيـــة أى يظل دائما على ملك شخص من الأشخـــاص ؛ ولذلك لا يتصـــور ــ مع استمـــرار بقـــاء الشىء ــ أن تؤقت ملكيته بمدة معينة تنقضى بعدها نهائيا دون أن تثبت لأحد من الأشخـــاص .

وهذا الاختلاف الجوهرى بين حق الملكيـــة وبين الحقوق العينية المتفرعة منه ، يستتبع نتيجة هامة هى أن حق الملكيـــة لا ينقضى مهما طالت مدة استعماله «١» ، بينما تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتنقضى بمضى المـــدة القانونيـــة على عدم استعمالها (م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى) .

٣٤٧ ـ الحقوق العينية التبعية

الأصل أن الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية تقتصر على تخويل أصحابها قدرة اقتضاء عمل معين من المدين دون أن تجعل لهم سلطانا مباشرا على شيء معين يملكه . ولذلك لا يضمن لهم الوفاء بها مال معين بالذات من أموال المدين ، وانما تكون جميع أموال المدين ــ دون تحديد أو تمييز ــ هي التي تضمن لهم هذا الوفاء ؛ أي يكون لهم جميعا ضمان عام على كل أموال المدين ، وهو ما يؤدي ــ نتيجة تساويهم واشتراكهم في هذا الضمان ــ الى تزاحمهم على هذه الأموال واقتسامهم اياها ــ في حال عدم كفايتها ــ قسمة غرماء أي بنسبة دين كل منهم . وبذلك تعرض الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية أصحابها لخطر التزاحم والخروج بوفاء منقوص .

ولا يدفع مخاطر الضمان العام هذه الا تقرير ضمان خاص يؤمن حق الدائن . وهذا الضمان الخاص اذا انصب على شيء أو مال معين بالذات من أموال المدين سمي ضمانا أو تأمينا عينياً ، وبمقتضاه يكون

---

(١) غني عن البيان ان الملكية اذا كانت لا تسقط او تنقضي بعدم الاستعمال المستطيل ، فان للغير اكتسابها اذا توافرت له الحيازة القانونية الصحيحة . وبعبارة اخرى ، لاتعتبر الملكية محلا للتقادم المسقط نظرا لما لها من خاصة الدوام ، ولكنها تعتبر محلا للتقادم المكسب الذي يتغير به المالك مع بقاء الملكية دون زوال .

واذا كان الأصل هو عدم انقضاء الملكية بعدم الاستعمال مهما طالت مدته ، فثمم استثناء وحيد يرد على هذه القاعدة ، اذ تقرر المادة ٣/٨٧٣ من التقنين المدني انه « ... اذا زرع مصري ارضا غير مزروعة او غرسها او بنى عليها ، تملك في الحال الجزء المزروع او المغروس او المبني ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه **يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك** » .

للدائن صاحبه سلطة تتبع هذا الشيء ولو خـرج من تحت يد المدين ، وسلطـة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية بالأولوية والأفضليـة على غيره من الدائنين العاديين . وهذه التأمينـات العينية هى المعروفـة باسم « الحقوق العينية التبعية » : فهى حقوق عينية لأن كلا منها يخول صاحبه سلطانا قانونيا مباشرا على شيء معين بالذات من أموال المدين «(١)» .

---

(١) اذا كان الفقه مستقرا فى مجموعه على اعتبار التأمينات العينية من قبيل الحقوق العينية ، الا أن قلة من الفقهاء تخالف ذلك وتعتبرها مجـرد أوصاف تلحق الالتزام الأصلى المضمون ، من شأنها تقرير مركز ممتاز للدائن فى اقتضاء تنفيذه بجنبه مخاطر الضمان العام ومزاحمة بقية الدائنين. واساس هذا الراى هو القول بأن الحق العينى يفترض سلطة مباشرة لصاحبه على الشيء المادى محله بمقتضاها يكون له الاستفادة منه والاستئثـار بمنافعه ، بينما لا تخول التأمينات العينية أصحابها سلطانا مباشرا على محلها من الأشياء المادية وانما على الثمن المتحصل من التنفيـذ عليهـا عند عـدم الوفاء . (انظر فى بسط هذا الراى والدفاع عنه :

— Chauveau, article précité, Nos. 40-50, pp. 594-612. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، فقرة ١١ وما بعدهـا) .

وواضح أن هذا الراى لا يمكن التسليم به ، فالحق العينى انما يفترض سلطة مباشرة لصاحب الحق على شيء مادى ، وذلك ايا كان مضمون هذه السلطـة . فلا حاجة لتحديد مضمونها وقصره على مجرد الاستفادة المادية من الشيء نفسه أو الاستئثار بمنافعه ، والا كان فى ذلك خلط غير مبرر بين الحق العينى ذاته وبين البعض من أنواعه كحق الملكيـة والحقوق المتفرعة عنـه . فسلطـة صاحب الحق العينى كما قد تتضمن استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه كما هى الحال فى الحقوق العينية الأصلية ، قد تتضمن كذلك قدرة التنفيذ على هذا الشيء والاستئثار باقتضاء الدين المضمون من مقابله النقدى كما هى الحال فى التأمينات العينية ؛ اذ فى الحالين تكون لصاحب الحق سلطـة مباشرة على قدرة التنفيذ على الشيء بحيث تقـوم بينهمـا رابطـة مباشرة على هذا الأساس . ولذلك كان الفقـه على صـواب منذ قديم فى اعتبار هذه التأمينات حقوقـا عينية ، وفى تأكيد هذه الصفـة لهـا بتسميتهـا باسم « الحقوق العينيـة التبعيـة » .

(أنظر فى تأييد اعتبار التأمينات العينيـة حقوقـا عينية ونقد الراى المنكر لذلك Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 68 ــ عبد الفتاح عبد الباقى، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثانية، ١٩٥٤ ، الهامش رقم (١) ، ص ٢٧٤ وما بعدها. ــ شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد، الجزء الاول فى النظم القانونية للتأمينات االعينية ، فقرة ٢٨ . ــ وكذلك كتابنا فى « الحقوق العينية الأصلية » ، هامش رقم (١) ص ٣٢ و ٣٣) .

وهى حقوق تبعية لأنها لا تقوم مستقلة بنفسهـا وانما تابعـة لغيرها من حقوق الدائنيـة تأمينا للوفـاء بهـا •

وتتنوع الحقوق العنيـة التبعية بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة : حق الرهن وحق الاختصـاص وحق الامتياز • فالأول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثانى بأمر من القضـاء ، والثالث بنص فى القانون •

(١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

١ ــ **الرهن الرسمى** (Le droit d'hypothèque) تعـرف المـادة ١٠٣٠ من التقنين المدنى هذا النوع من الرهن بقولها انه « عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه عينا يكون له بمقتضـاه أن يتقـدم ، على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبـة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » •

ب ــ **الرهن الحيازى** (Le droit de gage) : تعرف المادة ١٠٩٦ من التقنين المدنى هذا النوع من الرهن بقولها انه « ••• عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لـدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الـدائن أو الى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخولـه حبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة ، فى اقتضـاء دينه من ثمن الشىء فى أى يد يكون » •

فحق الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى ، يعطى للدائن المرتهن اذن حق تتبع الشىء المرهون فى أى يد يكون ، وحق التقـدم على غيره من الدائنين فى اقتضـاء دينه سواء كان هؤلاء الدائنون دائنين مرتهنين ولكن تالين فى المرتبة ، أو كانون مجرد دائنين عاديين لا تضمن حقوقهم أية حقوق عينية تبعية • ولكن يختلف الحقان فى أن حق الرهن الرسمى ــ كمـا يدل عليه اسمه ــ لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمـام موظف

مختص والا كان باطلا ؛ أما حق الرهن الحيازى فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان فى أن حق الرهن الحيازى يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمى الا على العقار وحده «[1]» . وكذلك فانه يترتب على حق الرهن الحيازى ـ كما يدل على ذلك اسمه ـ وضع الشىء المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال فى حق الرهن الرسمى حيث يبقى العقار المرهون فى حيازة مالكه .

(٢) **حق الاختصاص** (Le droit d'Affectation) : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به . وهو لايتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين . فالمادة ١٠٨٥/١ من التقنين المدنى تقرر أنه « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشىء معين أن يحصل، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينة ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات » .

فمثل هذا الدائن يحصل على حق الاختصاص على عقارات مدينة بأن يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها (م ١٠٨٩ مدنى) ؛ فيدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص مراعيا فى ذلك التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقار أو العقارات المقررة عليها الاختصاص (م ١٠٩٠ مدنى) .

---

(١) تقضى المادة ١٠٣٢/١ من التقنين المدنى بانه « لا يجوز ان يرد الرهن الرسمى الا على عقار ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

« ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى» ، أى يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الأولوية فى اقتضاء الدين من المقابل النقدى للشىء . « ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة (م ١٠٩٥ مدنى) .

(٣) حق الامتياز (droit de privilège) : ينشأ هذا الحق ويتقرر بنص القانون، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه . وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفيها الدائنون بالتقدم والأولوية على غيرهم من الدائنين . وعلى ذلك تنص المادة ١١٣٠ من التقنين المدنى بقولها : « ١ — الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ؛ ٢ — ولايكون للحق امتياز الا بمقتضى نص فى القانون » .

وحق الامتياز اما عام يرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار «[١]» ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولاً .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن الستة الأشهر الأخيرة كأجور ورواتب للخدم والكتبة والعمال ، وكأثمان

---

(١) وما دام حق الامتياز العام لايرد على شىء معين بالذات وانما ينصب دون تحديد على كل أموال المدين ، فيبدو انه لايمكن اعطاؤه — على خلاف حق الامتياز الخاص — وصف الحق العينى (انظر فى هذا المعنى : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٤ . — وانظر كذلك فى صدد الاختلاف الفقهى حول هذا الوصف المراجع العديدة التى يشير اليها، ص٥٠٦، هامش رقم (١)).

لما تم توريده من مأكل وملبس ، وكنفقة مستحقة فى ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدنى) .

ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة : الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى (م ١١٤٣ مدنى) . والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل ــ عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ــ على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته (م ١١٤٤ مدنى) . والامتياز المقرر على الشىء المبيع ــ عقاراً كان أو منقولاً ــ لما يستحق لبائعه من الثمن وملحقاته (م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى) .

المطلب الثانى

الحق الشخصى او حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

٢٤٨ ــ تعريف الحق الشخصى او حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين أى بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق فى اقتضاء هذا الأداء من المدين . فالحق الشخصى اذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر .

واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، و تحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء

بين الأشخاص اذا نظر اليهـا من ناحيـة الدائن ؛ فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصي » واصطلاح « حق الشخصية » الملازم للانسـان واللصيق بالشخصية .

والحق الشخصى أو حق الدائنية ــ كما يبين من تعريفه ــ ليس محله ــ كالحق العينى ــ شيئاً من الأشياء ، وانما محله دائماً عمل معين من جانب مدين معين «[1]» ، سواء كان هذا العمل ايجابياً أو سلبياً .

ومثال العمل الايجابى: التزام المقترض برد مبلغ القرض الى المقرض، والتزام المقاول ببناء منزل، والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة. ومثال العمل السلبى أى الامتنـاع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مـدة معلومة ، والتزام كاتب شهير ــ متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيهـا مـدة معينة ــ بعدم الكتابة فى غيرهـا طوال مدة العقـد .

---

(١) ولذلك فحتى فى الصورة التى يقدمهـا بعض الفقهـاء للقول بوجود مايسمونـه الالتزام باعطاء شىء اى بتقرير حق عينى على شىء من الأشيـاء ، لايكون هذا الشىء هو محل الحق الشخصى او حق الدائنية ، وانما يظل محل هذا الحق هو الأداء أو العمل المقتضى من قبل المدين والمؤدى الى تقرير الحق العينى المقصـود . فحق مشتـرى العقـار فى اقتضـاء نقل الملكيـة اليه من بائعه ــ وهو حق شخصى ــ ليس محله العقار المبيع ، وانمـا محلـه عمل ايجابى هو قيـام البائع بتحقيق نقل الملكيـة الى المشترى عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل . (انظر فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، المرجع السابق، فقرة ٢٧ . ــ محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٥ . ــ اسماعيل غـانم ، المرجع السابق ، ص ٢٧) .

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العينى وبين الحق الشخصى او حق الدائنية

٢٤٩ - التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العينى من ناحية وبين الحق الشخصى أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة تقليدية عريقة فى الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على أساس أن الحق العينى يخول لصاحبه سلطةقانونية مباشرة على شىء من الأشياء المادية ، فلا يوجد فيه الا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشىء هو محل الحق . بينما يخول الحق الشخصى أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر فى هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف ايجابى هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبى هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع الملتزم به الطرف السلبى .

غير أن هذه التفرقة التقليدية بين الحق العينى وحق الدائنية قد تعرضت لهجمات كثيرة أريد من وراء بعضها هدم أساس هذه التفرقة وتقريب الحق العينى من حق الدائنية . وسنرى أن هذه المحاولة لم يتح لها الرواج فى الفقه ، فظل الفقه الحديث فى مجموعه معتصما - بحق - بالتفرقة التقليدية بين الحقين بما تستتبعه من نتائج وآثار قانونية .

٢٥٠ - محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى

رغم أن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى تفرقة تقليدية مستقرة فى الفقه ، الا أن ذلك لم يمنع جانباً من الفقه الحديث من جحدها ومحاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، على أساس القول بأن الحق العينى تتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمسلم

وجودها فى الحق الشخصى ، وبذلك تجتمع فى كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : الطرف الايجابى ، والطرف السلبى ، والمحل .

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسى الكبير « پلانيول » (Ploniol) «١» ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها الا بين الأشخاص وحدهم .

ولما كانت الحقوق فى منطقهم ليست الا روابط قانونية ، فمن الحتم اذن القول بأن الحق العينى ـــ كالحق الشخصى سواء بسواء ـــ يشتمل على رابطــة قانونيــة بين الأشخاص خلافــا للنظرة التقليديــة اليه ، أى يشتمل على طرف ايجابى من ناحية ، وطرف سلبى من ناحيــة ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما فى الأمر أن الطرف السلبى فى الحق العينى لا يكون معيناً نفس التعيين المتوافر فى الحق الشخصى ، فهو سائر الأشخاص كافــة غير الشخص المكون للطرف الايجابى ، ومضمون التزامهم يكون سلبيــاً محضاً اذ يتركز فى الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى تمتعه بالحق . وبذلك ينتهى منطق هذا النظر الى تصور الحق العينى كرابطــة تقوم بين شخص معين والكافه ، بمقتضاها يلتزم الكافــة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطــة على شىء مادى معين .

وعلى هذا النحو ، لايبقى من فرق ـــ عند أهل هذا النظر ـــ بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبى فى الحق الشخصى شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو فى الحق العينى غير معين لأنه يشمل النــاس كافــة دون تحديد . وسوى أن التزام الطرف السلبى فى الحق العينى هو مجرد التزام سلبى قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى حقــه ، بينما يكون فى الحق الشخصى التزاماً محدداً ، ايجابياً كان أم سلبياً ، أى بعمل أو بامتناع . وتلك فروق ليست بذات بال .

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.

عند أنصــار هذا الاتجاه فى التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هى فروق لا تكشف عن اختلاف فى الطبيعــة بينهما وانما عن مجرد اختــلاف فى المـدى والنطـاق .

٢٥١ — الابقــاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

تلك هى محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى للجمع بينهما على أساس وجود رابطــة بين الأشخــاص فى كليهما . وظــاهر أن هذه المحاولــة صناعيــة ابتكرهــا أهل هذا انظر للتوفيق بين ما هو واقع فى العمل من وجود صلــة مباشرة بين صــاحب الحق العينى وبين الشيء محل حقه دون حاجــة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمــة التى يبدأون منهــا ويبنون عليهــا وهى أن الحقوق انما تعبر عن روابط قانونيــة والروابط القانونيــة لا تتصور الا بين الأشخاص .

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما فى اطلاق القول بحصر الروابط القانونيــة بين الأشخــاص وحــدهم من تجــوز «(١)» . فليس يصدق مثل هذا القول — فيما نرى — الا فى شــأن نــوع معين من الروابط القــانونيــة هى « روابط الاقتضــاء » ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضــاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، اذ مثل هذا النوع من الروابط وحده هو الذى يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف قبل طرف آخر يكون له اقتضــاء الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به الا الأشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها — كما رأينا — روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » (Rapports de maîtrise) تخول لشخص معين سلطــة قانونيــة على شيء معين . وغنى عن البيان أن مثل هذا النوع من الروابط

---

(١) انظر سابقا ص ٥٦١ وما بعدها .
وانظر كذلك فى هذا المعنى :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Beaudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 56.

لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشيء ، لأن التسلط لا يتصور واقعـاً على الأشخاص بل على الأشياء وحدها »(١) .

والتشبث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحـدة ـ دون اعتبار لتنوعهـا واختلاف مضمونهـا ـ على أساس أنها جميعـاً روابط بين أشخاص ، واعتبار ذلك مقدمة أوليـة مسلمـة يجب البدء منهـا ، هو الذى أوقع بعض الفقهـاء فى الحرج ازاء الحق العينى الذى لا يظهر فيه الا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا مخرجاً من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى فى هذا الحق ـ هو النـاس كافـة ـ يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض لصـاحب الحق العينى فى تمتعه بحقـه .

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى على عاتق النـاس كافـة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصوراً على الحق العينى وحده بل هو قائم بالنسبـة لكافة الحقـوق بما فيهـا الحق الشخصى أو حق الدائنية »(٢) . فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفلـه له القانون من قـدرة اقتضـاء أداء معين من شخص معين . فصاحب المصنع الذى يحرض عاملا يشتغل عند غيره على الاخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهـاء مـدة العقـد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العـام المفروض على الكافـة باحترام الحقوق أيا كان نوعهـا ، فيلزمه التعويض عمـا أحدثه فعلـه من ضرر للغير .

---

(١) راجع فى شأن التميز بين الروابط القانونية على هذا النحو : رسالتنا سالفة الذكر فى الفصل الثانى من القسـم الأول منها الخاص بتحديد النطاق الفنى للحق ، وخاصـة ص ٩٧ ـ ١٠٥ .

(٢) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 304 — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No. 56.

والواقع أن مثل هذا الالتزام السلبى العام الموجود قبل النـاس كافة بالنسبـة الى الحقوق جميعـاً ، انما هو نتيجة حتمية لوجـود الحق ولاستنـاده الى القـانون ، فهو فى الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبى العـام لا يدخل فى عنـاصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولا نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصراً من العنـاصر المكـونـة للحق العينى ، ومقارنته بالالتزام الخاص الـواقع على المـدين فى الحق الشخصى أو حق الدائنية وهو الذى يعتبر عنصراً جوهرياً من عناصر تكوينه بحيث لا يتصور قيام هذا الحق بدونه ؟ «(١)» .

وهذا الاختلاف بين النـوعين من الالتزام يستتبع بينهمـا اختلافـاً جوهرياً آخر . اذ يعتبر الالتزام الخاص من عناصر الذمة الماليـة لأنه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصى ، فيثبت فى ذمة المدين كعنصر سلبى وفى ذمـة الدائن كعنصر ايجابى . أمـا الالتزام السلبى العـام ــ وهــو مجـرد مظهرلحماية القانونللحق دون أن يكون عنصراً من عناصر تكوين الحق ــ فهو التزام أو واجب مجرد من القيمة المـاليـة ، ولذلك لا يعتبر ضمن عناصر الذمة المالية ــ كما سنرى ــ فلا يثبت فى ذمة مـدين معين كعنصر سلبى ولا فى ذمـة دائن معين كعنصر ايجابى .

وآية انعدام التشابه بين النوعين من الالتزام ، أن الالتزام الخاص ــ على خلاف الالتزام السلبى العام المتوجه الى الكافة ــ يفترض قيداً خاصـاً يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين .

---

(١) فى هذا المعنى :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Hassan Kira, thèse précitée, p. 105, Note (1). — Beudant et Voirin, ibid.

وكذلك ففي الالتزام الخاص يكون شخص المدين محدداً معيناً وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين فى هذا الالتزام السلبى العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلا ومعلقاً على رؤوس الكافة . واذا تعين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق العينى اخلالا بالالتزام السلبى العام ، فان هذا الاعتداء ينشىء حينئذ حقاً جديداً مستقلا عن الحق العينى المعتدى عليه ، هو حق دائنية لصاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى . أى أن الاخلال بالالتزام السلبى العام ، وان كان يترتب عليه تحديد شخص مدين معين ، الا أن هذا المدين ليس على أى حال هو المدين بالحق العينى — اذ الحق العينى قائم قبل تعيينه ودون حاجة الى وجوده — ولكنه هو المدين بحق جديد مستقل هو حق دائنية بالتعويض ينشأ لصالح المعتدى عليه قبل المعتدى .

وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الالتزام السلبى العام ، فلا يحدد مضموناً لأى حق ، لأنه طالما لم يحصل اخلال بهذا الالتزام فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالالتزام السلبى العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الأحوال مضمون حق الملكية — من استعمال واستغلال وتصرف — الذى يقال انه يقابله ؛ بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقترض برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب مضمون حق المقرض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظوراً اليه من ناحية الدائن .

فالالتزام الخاص اذن — دون الالتزام السلبى العام — هو الذى يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفنى الدقيق الذى يصلح به لمقابلة الحق بحيث يعتبر عنصراً من عناصر تكوينه ، وهو كما رأينا غير

متوافر الا فى الحق الشخصى أو حق الدائنية وحده دون الحق العينى «١» .

من أجل ذلك ، يكون من العبث محاولة رد الحق العينى الى نوع من الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام فى كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمدلول فى الحالين : فالالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى ليس التزاماً بالمعنى الفنى الدقيق حتى يقارن بالالتزام الخاص الموجود فى الحق الشخصى . بل ان اطلاق اصطلاح « الالتزام » عليه هو من باب التجوز البحت ، اذ هو مجرد واجب تحتمه ضرورة احترام القانون وما يقرره للأفراد من حقوق ، ولذلك كان واجباً عاماً يقع على عاتق الكافة وينصرف الى الحقوق جميعاً دون تمييز . فاذا كان هذا الواجب العام اذن موجوداً فى الحق العينى وفى الحق الشخصى على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصى ينفرد فضلا عن ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق، أى التزام شخص معين بأداء معين .

من كل ذلك نخلص بأن محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى أو حق الدائنية باصطناع مدين عام مجهل هو الكافة والتزام سلبى عام فى الحق العينى يقابل ما يوجد فى الحق الشخصى من مدين معين والتزام خاص ، هى محاولة فاشلة ، ولذلك لم يكتب لها الرواج فى الفقه الحديث ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحق العينى والحق الشخصى .

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق، اذ هما مختلفان اختلافاً ظاهراً فى المحل «٢» : فمحل الحق العينى

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, Ibid.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٩ و ٣٠ .

(٢) والمشرع المصرى مايزال مستمسكا بهذه التفرقة ، اذ هو يقسم التقنين المدنى الى قسمين كبيرين : الأول يضم الحقوق الشخصية أو الالتزامات، والثانى يضم الحقوق العينية .

شيء من الأشيـاء المـادية ، ومحل الحق الشخصي أداء معين أى عمل أو امتناع . وهذا الاختلاف فى المحل ، هو الذى يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونيـة التى يعبر عنهـا كلا النوعين من الحقوق . فما دام المحل فى الحق العينى شيئاً من الأشياء ، فالرابطة المتصور وجودهـا لا يمكن أن تكون الا رابطـة تسلط مباشر من شخص على هذا الشيء دون حاجـة الى وسـاطـة شخص آخر ، بحيث لا يوجد فى هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطرف سلبى . وما دام المحل فى الحق الشخصي عملاً من الأعمـال ، فالرابطـة المتصور وجودهـا لا يمكن الا أن تكون رابطـة اقتضـاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الأمر دائماً فى هذا النـوع من الحق الى وساطـة هذا الشخص لأداء ذلك العمل ، أى الى وجـود طرف سلبى فوق وجود الطرف الايجابى والمحل .

٢٥٢ ـ آثـار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنيـة على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعـة الرابطـة القانونيـة التى يعبر عنها كل منهما . فلا يبقى الا عرض ما يترتب على هذه التفرقـة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف .

(١) الحق العينى حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصى أو حق الدائنية حق نسبى (droit relatif) : ومعنى ذلك أن الحق العينى يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصى أثره ولا يحتج به الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العينى انما يكون رابطة تسلط ، فيخول بذلك لشخص معين سلطـة قانونيـة على شيء من الأشيـاء أى يجعل له هذه السلطـة مباشرة على الشيء دون حاجـة الى وساطـة أى شخص آخر ، فهى اذن سلطة مطلقة سارية ونافذة فى حق الكافة ما دامت لا تتـوقف على عمل أو تـدخل من جانب أحد منهم ، بل تتـوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة ، بينما يكون الحق الشخصى

رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضـاء رهناً بتدخل شخص معين ــ فهو اذن اقتضـاء قاصر أو نسبي ــ مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبيـة بحيث لا ينتج أثره أو يحتج به الا في مواجهـة شخص أو أشخاص معينين.

فالتسلط الذي يعطيه الحق العيني اذن هو الذي يخلع على هذا الحق صفة الاطلاق لأنه متحقق ذاتياً ومباشرة دون توقف على تدخل أحد . والاقتضـاء الذي يعطيه الحق الشخصي لصاحبه هو الذي يسبغ على هذا الحق صفة النسبيـة لأنه غير متحقق ذاتياً بل مرتهن في تحقيقه بتدخل شخص أو أشخاص آخرين .

وسنرى فيما يلي أن لهذا الاختلاف بين الحق العيني والحق الشخصي ــ من حيث اطـلاق الأول ونسبيـة الثاني ــ ذيولا هامـة تتفرع عليـه ، اذ ينفرد الحق العيني نتيجـة لاطلاقه بخصيصي التتبع والأفضليـة دون الحق الشخصي .

(٢) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة او حق التتبع (droit de suite) :

قلنـا ان الحق العيني انما يعطي لصاحبه سلطـة قانونيـة مباشرة على شيء من الأشيـاء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطـة

---

(١) وهذا المعنى للاطلاق المقصور على الحق العيني يختلف عن معنى آخر للاطلاق ينصرف الى الحقوق جميعا نتيجة حماية القانون لها بتحريم التعرض لكل صاحب حق في حقه . فالمقصود اذن باطلاق الحق العيني ونسبية الحق الشخصي ، ليس هو اطلاق الأول ونسبية الثاني من حيث مدى احترامه اذهما مطلقان من هذا الوجه لالتزام الكافة جميعا بالامتناع عن الاعتداء عليهما. وانما المقصود بذلك هو اطلاق الأول ونسبية الثاني من حيث تحقق مضمونه وممارسة سلطاته ، اذ يرتهن ذلك في الحق الشخصي بتدخل شخص آخر غير صاحب الحق ، بينما يتحقق في الحق العيني مباشرة دون حاجة الى مثل هذا التدخل .

(أنظر في هذا المعنى : كتابنا « الحقوق العينية الأصلية » ، نقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

وأنظر قريبا من ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166

مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائماً فى أى يد يوجـد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العينى تتبعه أينما كان . فالحق العينى اذ ن - وهو واقع على الشيء مباشرة ومعلق على وجوده ـــ يكون ملازما ومتتبعاً له دائماً فى أى يد وجد ، اذ مضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزه . اذ هو مستقل فى وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص فلا يتأثر بتغيرهم ، فأينما يكون هذا الشيء يدركه صاحب الحق العينى بما له من تسلط مباشر عليه »(١) .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنيـــة ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق فى التتبع لأنه ليس بالحق الوارد على شيء ـــ كالحق العينى ـــ حتى يلازم الشيء ويتتبعه فى أى يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع فى شأن عمل من الأعمال . بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتزم به المدين شيئاً من الأشياء، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمنأى عن أى سلطـــان مباشر للدائن . وبذلك يمتنع على الدائن تتبعـــه اذا خرج من يد المدين ، لأن التتبع يستلزم فى المتتبع أن تكون له سلطة مباشرة على الشيء لا تنفك تلازمه أينما وجد ، والدائن بحق شخصى يفتقد مثل هذه السلطـــة . ومن هنا ، فلا يكون لمشترى عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قـــام باجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصى قبل البائع يتلخص فى قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فوق ذلك أية سلطة قانونيـــة مباشرة على هذا المبيع تخول له حق تتبعه فى أى يد وجـــد .

---

(١) فى هذا المعنى :
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 73.

يخلص من ذلك أن الحق العينى هو الذى ينفرد دون الحق الشخصى بميزة تتبع الشىء فى أى يد وجد «[١]» . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهى ميزة تقتضيها طبيعة الحق العينى ذاته بحيث نجدها ملازمة للحقوق العينية جميعاً الأصلية والتبعية منها على السواء «[٢]» . ذلك أن التتبع انما يعنى بقاء الحق العينى قائماً رغم اختلاف الأيدى التى تحتبس الشىء أو تحوزه ، أى يعنى استمرار الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العينى والشىء محل هذا الحق دون اعتبار لوجود هذا الشىء فى يد شخص آخر ، اذ تستمر — رغم هذا العارض الطارىء — صلة صاحب الحق العينى بهذا الشىء كما كانت دائماً صلة تسلط قانونى مباشر عليه دون اعتبار لشخص من قد يوجد الشىء تحت يده .

ومن هنا ، فالمالك لا يتأثر حقه اذا خرج ملكه من يده ، بل يكون له تتبعه واسترداده من أى شخص يكون حائزاً له ، وذلك بمقتضى الرابطة المباشرة بينه وبين هذا الملك والتى لا تتأثر بوجوده فى يد شخص آخر .

وكذلك فالدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يتأثر حقه بخروج العقار المرهون من ملك مدينه ، بل يكون له — بمقتضى ما يخوله له حقه العينى التبعى من سلطة مباشرة على العقار المرهون — تتبع هذا العقار ومباشرة حقه عليه بين يدى المالك الجديد أو الحائز .

---

(١) انظر عكس ذلك :

Chauveau, article précité, No. 10.

(٢) فى هذا المعنى :

Derruppé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٣١ و ٣٢ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ .

ولكن انظر عكس ذلك :

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 105.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ .

واذا كانت ميزة التتبع من الخصائص الجوهرية للحق العينى التى ينفرد بها دون الحق الشخصى ، فان هذه الميزة ليست دائماً بالمطلقة بل قد يحد من اطلاقها وجود بعض قواعد قانونية تقتضيها السياسة التشريعية لكفالة الأمن والاستقرار فى المعاملات . فالقاعدة المشهورة التى تقضى بأن « الحيازة فى المنقول سند الحائز » مثلا تعطل ميزة التتبع التى يتميز بها حق الملكية بوصفه حقاً عينياً ، اذ لا يكون لمالك المنقول استرداده من يد الحائز حسن النية .

(٣) يخول الحق العينى دون الحق الشخصى ميزة او حق الافضلية (droit de préférence) : قلنا ان الحق العينى ينشىء رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشىء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العينى وحده ــ بمقتضى هذه الرابطة ــ بسلطاته على الشىء كاملة لا يزاحمه فيها أحد . وما يخوله الحق العينى لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق الأفضلية . وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العينى ومحله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاضعاً لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شىء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل ايجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضموناً بالجانب الايجابى من ذمة المدين كما سبق البيان . وذلك قد يضمر مخاطر جسمية يتعرض لها الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لامناص حينئذ ــ وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام ــ من اقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية اذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص .

فالحق العينى اذن ينفرد ، دون الحق الشخصى ، بما يصحبه من ميزة أو حق الأفضليــة الذى يجعل سلطــات صــاحب الحق العينى بمنأى عن كل مزاحمة أو منافســة . ومن هنا لم تكن الحقوق العينيــة لتتزاحم فيما بينهــا ، كما تتزاحم الحقوق الشخصية التى تتعــرض من جراء ذلك الى خطر الوفــاء الجزئى أو المنتقص ، ذلك أن الحقوق الشخصية تشترك على قــدم المســاواة فى الضمــان العــام للمدين دون نظر الى تاريخ تقريرهــا فتتساوى فى اقتســام مفردات هذا الضمــان قسمة غرماء ، أمــا الحقوق العينيــة فانها اذا كانت من نفس النوع واجتمعت على نفس الشىء فثم أوجه للتفاضل بينهــا كالأسبقيــة فى التاريخ أو الأقدميــة فى مرتبــة الشهر أو الحيازة فى المنقول .

وكذلك فان الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية ، اذ أن حق الأفضليــة الذى تتميز به يجنبهــا مثل التزاحم . من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفــاء بالحقوق الشخصية عن طريق اردافهــا بحقوق عينية تنشىء للدائنين من أصحابهــا سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكــة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضماناً يستــوفون من قيمتهــا ديونهم بالأولوية والأفضليــة على سائر الدائنين العــاديين . فالدائن الذى يرتهن عقاراً لمدينه ضماناً لدينه يكون مقدما فى اقتضــاء هذا الدين من قيمــة العقــار المرهون على كل دائن عــادى غير مزود بحق عينى تبعى .

ولئن كانت ميزة الأفضليــة تبدو أوضح ما تكون فى صدد الحقوق العينية التبعيــة مما حدا بنفر من الفقهــاء الى قصر هذه الميزة على هــذا النــوع من الحقوق العينيــة وحده «(١)» ، الا أن النظرة الصحيحــة الى حقيقــة هذه الميزة وارتباطهــا بطبيعــة الحق العينى ذاته تجعلنــا نذهب

---

(١) Bonnecase, ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., No. 45.
شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٥ ، ص ٢٨ .

الكثير من الفقهاء «[1]» فى تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والأصلية على السواء .

ومن هنا ، فاذا بيع عقار من قبل مالكه مرتين الى شخصين مختلفين وقام كل من المشتريين باجراءات التسجيل الواجبة ، فان أسبقهما الى التسجيل — حتى وان كان تاريخ عقده لاحقاً لتاريخ العقد الآخر — تكون له الأفضلية على المشترى الآخر مما يخول له استرداد العقار المبيع من تحت يده اذا كان قد تسلمه ، لأنه بهذا التسجيل يكون هو صاحب حق الملكية على هذا العقار .

(٤) قصور ارادة الأفراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التى يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك فى الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التى جرى جمهور الفقه فى القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الارادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذ ما دامت الارادة ملتزمة حدود النظام العام والآداب فهى قادرة على ابتداع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ويبدو أن هذا الرأى يغفل الاختلاف الجوهرى بين النوعين من الحقوق . فالحق العينى — كما سبق البيان — حق مطلق نظراً الى رابطة التسلط المباشرة التى ينشئها بين صاحبه ومحله ، بحيث يمكن الاحتجاج بمضمونه ومباشرة سلطاته مباشرة تنتج أثرها فى مواجهة الناس كافة . أما الحق الشخصى ، فهو مجرد حق قاصر لا ينتج أثره أو يحتج به الا احتجاجا نسبيا قبل شخص أو أشخاص معينين . ومن هنا ، فيمتنع على ارادة الأفراد توليد حقوق عينية لم يقررها القانون ، بينما يكون لهذه

---

(١) Derruppé, thèse précitée, Nos. 202-204. — Beudant et Voirin, op. cit., No. 79.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، هامش (٢) ، ص ٣٣ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ ص ٨ و ٩ .

الارادة — فى حدود النظام العام والآداب — مطلق السلطان فى توليد ما ترى توليده من الحقوق الشخصية •

ذلك أن المبدأ اذا كان هو اطلاق سلطان الارادة بحيث يكون كل اتفاق صحيحاً فى حدود النظام العام والآداب ، الا أن الاتفاقات نسبية كما هى القاعدة المسلمة فلا تنصرف آثارها الى الغير • وذلك ما لا يستقيم مع صفة الاطلاق الثابتة للحقوق العينية بما تستتبعه من امكان الاحتجاج بها فى مواجهة الكافة وسريانها فى حق الغير ، وان كان يستقيم مع صفة النسبية الثابتة للحقوق الشخصية بما تستتبعه من قصر آثارها على شخص أو أشخاص معينين •

وفضلا عن ذلك فان الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان ارادة الأفراد ازاءها •

فمن ناحية ، تعتبر الملكية — وهى أساس الحقوق العينية الأصلية — من الدعامات الرئيسية التى يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادى ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام • أما بقية الحقوق العينية الأصلية ، فلا تعدو أن تكون قيوداً واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعاً مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة فى الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومن هنا ، يكون الشأن فى تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها مساساً خطيراً بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان ، فلا يكون لارادة الأفراد سلطان فى التخلص من بعض هذه القيود أو اضافة قيود أخرى اليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض الكيان الاقتصادى للمجتمع للانهيار «[1]» •

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٦ و ٤٧ — شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٦

ومن ناحية أخرى ، فان الحقوق العينية التبعية — وهى تمثل فكرة الائتمان والضمان فى المعاملات — تعتبر فى الصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقتصادى . ولذلك يكون من الطبيعى أن ينفرد المشرع دون الأفراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقتصادى «١» .

(٥) اعطاء الحق العينى الصفة المنقولة او العقارية تبعا لطبيعة محله،واعطاء الحق الشخصى الصفة المنقولة دائما : الأصل أن الحقوق لا يمكن وصفها بأنها منقولة أو عقارية ، فصفة الثبات أو عدم الثبات انما تصدق فى شأن الأشياء المادية وحدها فهى التى يتصور استقرارها أو حركتها ، أما الحقوق وهى مجرد معانى تعبر عن سلطات ومكنات قانونية مختلفة تثبت للأشخاص ، فتستعصى بطبيعتها على الوصف بالثبات أو الحركة . ومع ذلك ، فقد جرى التقليد على مثل هذا الوصف ، بل وبسطه كذلك الى ما يصحب الحقوق من دعاوى مختلفة .

ومن هذا القبيل ما ينص عليه المشرع المصرى فى المادة ٨٣ من التقنين المدنى من أنه « ١) يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار . ٢) ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » .

ولئن كان مثل هذا المسلك التقليدى من وصف الحقوق والدعاوى بما تتصف به الأشياء من حركة أو ثبات ، مرجعه فى الأصل الى الخلط القديم الشائع بين الأشياء وبين الأموال أى الحقوق المالية ، الا أنه

---

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

يمكن مع ذلك تبريره فى شأن الحق العينى خاصة . فلكون محل هذا الحق شيئاً من الأشياء مما ينشىء لصاحبه رابطة تسلط قانونى مباشر عليه ، ولكون الأشياء تختلف فى طبيعتها من حيث الثبات أو الحركة الى عقارية ومنقولة فقد يكون من المقبول تعدى هذه الصفة الى الحقوق المنصبة عليها والدعاوى المرادفة لها ، بحيث توصف بأنها عقارية ما دام محلها شيئاً عقارياً أو بأنها منقولة ما دام محلها شيئاً منقولا .

أما الحق الشخصى ، فقد يستعصى فى المنطق وصفه بصفة العقار أو المنقول، ذلك أن محله ليس، كالحق العينى، شيئاً من الأشياء يكون مكتسباً هذا الوصف فيصح تعديه الى ذات الحق ، وانما محل الحق الشخصى ـ باعتباره مكونا لرابطة اقتضاء ـ هو مجرد عمل من الأعمال ، وليس العمل بالذى يمكن وصفه بأوصاف الحركة أو الثبات ، فلا هو بالمنقول ولا بالعقار . ومع ذلك ، فكان من الطبيعى ـ وقد اندفع المشرع الى وصف الحق العينى بالصفة المنقولة أو العقارية تبعاً لطبيعة الشىء المنصب عليه ـ أن لا يترك الحق الشخصى مجرداً من كل وصف . ولما كان الأصل عند المشرع فى تقسيم الأشياء بحسب ثباتها الى عقارات ومنقولات ، هو تعريف العقار وحده واعتبار كل ما عدا ذلك منقولا كما سنرى من بعد ، فلم يكن بد ـ والعمل محل الحق الشخصى لا يمكن اعطاؤه وصف العقار ـ الا اعتباره منقولا ، واعتبار الحق الشخصى المنصب عليه والدعوى الشخصية المستندة الى هذا الحق من قبيل المنقول كذلك .

وعلى هذا النحو ، فتحديد الصفة المنقولة أو العقارية للحق العينى رهن بطبيعة الشىء محل هذا الحق : فهو يعتبر حقاً عقارياً اذا كان واقعاً على عقار ، وحقاً منقولا اذا كان واقعاً على منقول . ويراعى أن من الحقوق العينية ما لا يتصور الا عقارياً لأنه لا ينصب الا على العقارات وحدها ، كحق السكنى وحق الارتفاق وحق الحكر من

الحقـوق العينيـة الأصليـة ، وحق الرهن الرسمى وحق الاختصـاص من الحقوق العينية التبعية • ومنها ما يتصـور عقارياً أو منقـولا حسب الأحـوال ، كالملكية والانتفـاع والاستعمال والرهن الحيازى والامتياز ، فكلهـا حقـوق قد تقع على عقـارات وقد تقع على منقولات ولذلك فهى تكتسب الصفـة العقاريـة أو المنقولـة تبعاً لهذا الاختلاف فى طبيعـة المحل •

واذا كان الحق العينى يتصور عقارياً أو منقولا حسب محله ، فالحق الشخصى على خلاف ذلك ــ ومحله مجرد عمل من الأعمـال لا طبيعـة منقولـة أو ثابتة له ــ يعتبره المشرع دائمـاً منقولا • وأمـام صراحـة نص المشرع على ذلك (م ٢/٨٣ مدنى)، لا يجوز بحال من الأحوال اعتبار الحق الشخصى عقارياً حتى ولو كان متعلقاً بشيء عقـارى •

(٦) ينبغى ان يكون الشيء فى الحق العينى ــ دون الحق الشخصى ــ حالا ومعينا بالذات : ما دام الحق العينى يتضمن رابطـة بين شخص وشيء تخول للشخص تسلطاً قانونياً مباشراً على الشيء ، فلا يتصور اذن وجود الحق العينى الا بوجود محله وجوداً حالا لا مستقبلا ، فبدون وجـود الشيء وجوداً محققاً لا يتصور قيـام الحق العينى • ولا يكفى لقيـام الحق العينى وجـود الشيء وجوداً محققاً ، بل ينبغى فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معيناً بالذات ، اذ لابد أن يتحدد المحل الذى يقع عليه التسلط مباشرة تحديداً يعينه ويعزلـه عن غيره •

ولذلك تنص المـادة ٢٠٤ من التقنين المدنى على أن « الالتزام بنقل الملكيـة أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقـاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » • وتنص م ١/٢٠٥ على أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حـق عينى على شيء لم يعين الا بنـوعـه فـلا ينتقل الحـق الا بافـراز هـذا الشيء » •

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئاً من الأشياء لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فان من المتصور وجود هذا الحق حتى ولو كان محله — وهو العمل — متعلقاً بشىء من الأشياء المستقبلة أو من الأشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك تنص المادة ١/١٣١ من التقنين المدنى على أنه — كقاعدة عامة — « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » . ولكن ثم استثناء يرد على هذه القاعدة خاص بالتعامل فى تركة انسان على قيد الحياة ، فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته ، الا فى الأحوال التى ينص عليها القانون (م ٢/١٣١) .

المبحث الثالث

الحقـوق الـذهنيـة*

Les droits intellectuels

٢٥٣ – ظهور طائفة الحقوق الذهنية وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم احكامها :

كان الفقه التقليدى جارياً على حصر الحقوق فى الأنواع المتقدمة . غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقاً ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحتار الفقه فى تكييفها وفى موضعها بين الحقوق وفقاً لمقاييسه التقليدية حيرة بانت فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حينا باسم « الحقوق المعنوية أو الأدبية » ، وعرفت أخيراً باسم « الحقوق الذهنية » .

---

* **المراجع**

Olangier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1950. — Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t. I, 1952.

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 158-165. — Bonnecase, op. cit., t. V, Nos. 348-389. — Dabin, op. cit., pp. 189-196. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 573-579. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 3467 - 3485. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 654 - 672.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٤٩–٧١ . – شفيق شحاته ، الحق العينى، فقرات ١٥٧–١٧٥ . – شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٤٧ – ١٥١ . – عبد المنعم البدراوى ، شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية ،الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٨٦ – فقرة ٢٠٤ . محمد على عرفه ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٧١ – ٣٩٧ . – محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٤٩ ، ج ٢ ، فقرات ١٨٥ – ٢١١ .

ويبدو أن التسمية الأخيرة هى التى كتب لها الشيوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى ترد على خلق ذهنى • فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الخلق ونسبته اليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالا ماليا يكفل له الحصول على ثمراته • ومن أظهر أمثلة الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الضيق وحق المخترع وحق الملحن وحق الفنان — رساما كان أو مصورا أو مثالا — فى أبوة واستغلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو ألحان أو لوحات أو صور أو تماثيل • ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الذهنية ، الحق الوارد على مقومات « المحل التجارى » المعنوية من اسم تجارى وعلامة تجارية وسمعة وثقة عملاء •

غير أنه يراعى بصدد هذا الحق الأخير بالذات ، أن ادراجه تحت اصطلاح « الحقوق الذهنية » قد ينطوى على شىء من التجوز فى التعبير ، حيث يتعلق الأمر فى كثير من الأحوال بقيمة معينة من القيم تستميل العملاء اليها أكثر مما يتعلق بخلق فكرى أو انتاج ذهنى • ولذلك فان بعض الفقهاء المحدثين يستبدل باصطلاح « الحقوق الذهنية » اصطلاح « الحقوق المتعلقة بالعملاء » (droits de clientèle) ، ويراه شاملا لمثل هذا النوع من الحق بالذات ولبقية الحقوق التى يصدق عليها وصف الحقوق الذهنية على السواء ، باعتبار أنها تستهدف كلها الى اجتذاب العملاء عن طريق ما تعطيه لأصحابها من احتكار استغلال معين «[1]» •

---

(١) انظر فى ذلك :

Roubier, op. cit., No. 23.

وقد يكون فى هذا الاصطلاح احاطـة ببعض الحقوق التى تـرد على أشيـاء معنويـة لا تمثل خلقـا ذهنيـاً معينا كالاسم التجارى والسمعة وثقـة العمـلاء ، وحينئذ لا يوجـد ثم ما يمنع من تقبل هذا الاصطلاح بشـأنهـا • ولكن يراعى أنه فى غير ذلك من الحقوق التى ترد على خلق ذهنى كحق المؤلف أو الفنـان على أفكاره أو آثاره الأدبية أو الفنيـة ، لا تكون العبرة فى شأنها باجتذاب العملاء واحتكار استغلال معين استغلالا ماليـا ، بقدر ما تكون بالتعبير عن اتجاه فكرى أو ذهنى معين لا ينفصل عن شخصية صاحبه ، ولذلك لا نجد بديلا عن اصطـلاح « الحقـوق الذهنيـة » فى تسميتهـا والرمز اليهـا •

وأياً كان الرأى فى شـأن التمييز بين « الحقوق الـذهنيـة » وبين « الحقـوق المتعلقـة بالعمـلاء » مما يبـدو أثره فى اختـلاف كثير من القواعـد التى تحكمهـا ، فيبقى أن النوعين من الحقوق يشتركـان فى أن محلهمـا هو دائماً الأشيـاء المعنويـة دون الأشياء المـاديـة ، وفى أنهمـا يخولان امتياز أو احتكار استغلال هذه الأشيـاء استغلالا ماليـاً معينـاً •

وقد عنيت القوانين الداخليـة لأغلب الدول الحديثة بتنظيم الحقوق الواردة على أشيـاء معنويـة سواء كانت حقوقـاً ذهنيـة أو حقوقـاً متعلقـة بالعملاء • بل ان الضرورة لم تلبث أن دعت الى عقـد اتفـاقـات دوليـة متعددة بقصـد توحيـد القواعـد بشأنهـا وتنظيـم حمايتهـا حمايـة متبادلـة من جـانب كل دولـة موقعـة على هذه الاتفاقـات • فأبرمت فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقيـة برن الخاصـة بتنظيم حمـايـة حقوق المؤلفين • وقـد تناولهـا التعديل عـدة مرات فى مؤتمرات عقدت خصيصـا لذلك كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ • وكذلك أبرمت فى ٢٠ مـارس سنة ١٨٨٣ اتفاقيـة باريس الخاصـة بحمايـة الملكيـة الصناعيـة من علامـات تجاريـة وبراءات اختـراع ورسـوم

ونماذج صناعيـــة ، وتناولهـــا التعديل كذلك أكثر من مرة .

اما **القانون المصرى** ، فقد أحجم فترة طويلـــة عن التدخل لتنظيم هذه الحقوق وكفالـــة حماية فعالة لهـــا ، وان لم يغفل الاشارة اليها والاحالـــة فى شأنهـــا الى قوانين خاصـــة تصدر منظمة لهـــا . فقد كانت المـــادة ١٢ من التقنين المدنى القديم تنص على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكيـــة مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكيـــة مصنوعـــاته حسب القـــانون الخاص بذلك » .

ورغم عـــدم صـــدور هذا القـــانون الخـــاص ، فلم تقعد مصر عن الاشتراك فى كثير من المؤتمرات الدوليـــة المنعقدة بغرض تنظيم وحمايـــة الملكيـــة الأدبيـــة والملكيـــة الصناعيـــة ، ولكنـــه لم يكن اشتراكا ايجابيا بالتوقيع عما أسفرت عنه هذه المؤتمرات من اتفاقيـــات دوليـــة . والى جـــانب ذلك ، فلم ينكل القضـــاء المصرى عن اصطنـــاع الحماية القانونية الواجبـــة فى هذا الشـــأن مستهديـــا فى ذلك بمبادىء القـــانون الطبيعى وقواعد العدالـــة ، ولكنهـــا كانت حمايـــة قاصرة محدودة أمـــام انعدام النص . ثم تمكن المشرع المصرى أخيراً من اقتحـــام هذا الميدان ، فأصدر القانـــون رقم ٥٧ لسنـــة ١٩٣٩ لحمايـــة الحقوق المتعلقـــة بالعلامـــات والبيانات التجاريـــة ، والقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحـــال التجاريـــة ورهنهـــا الذى يتضمن نصوصـــا خاصـــة بمقومـــات المحل التجـــارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنـــة ١٩٤٩ الخـــاص ببراءات الاختراع والرســـوم والنماذج الصناعيـــة .

وبقيت حقوق المؤلف وحدهـــا دون تنظيم تشريعى كامل يوفر لهـــا الحماية القانونية اللازمـــة وذلك رغم صدور التقنين المدنى الجـــديد ، اذ حرص هذا التقنين على سلوك مسلك التقنين المدنى القديم من جعل مثل

هذا التنظيم ـ كغيره مما يتعلق بالملكية الصناعيـة ـ محلا لقوانين خاصة تصدر فى هذا الشـأن بنصـه على أن « الحقوق التى ترد على شيء غير مادى تنظمهـا قوانين خاصـة » (م ٨٦) • وظل المشروع الخاص بحماية حقوق المؤلف يتعثر فى الصدور منذ ذلك حتى أتيح اصداره فى ٢٤ يونيـه سنـة ١٩٥٤ بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنـة ١٩٥٤ «[١]» •

ويعنينا فى شـأن تبين معيار وطبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير ماديـة ومكانهـا بين الحقوق ، أن نقتصر منها على الحقوق الذهنيـة بالمعنى الدقيق وهى حقوق المؤلف ، ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقـة بالعملاء والخاصـة ببراءات الاختراع والرسـوم والنمـاذج الصناعيـة والعلامـات والبيانات التجاريـة ومقومات المحل التجارى المعنويـة لهـا ما يميزهـا من صفتهـا التجاريـة والاقتصاديـة من ناحيـة ؛ وأن حقوق المؤلف ، من ناحيـة ثانيـة ، هى التى تتبدى فيهـا بجـلاء الطبيعـة الخاصـة بالحقوق الذهنيـة الواردة على خلق فكرى معين فيمـا يتعلق أساساً بالناحية المعنوية «[٢]» والتى تختلف اختلافاً بيناً ـ كما سنرى ـ عن طبيعـة الحقوق العينيـة •

٢٥٤ ـ معيـار الحقـوق الذهنيـة

اذا كان القانون قد أصبح يشمل الحقوق الذهنيـة بحمايته ، فيجب الـوقوف على معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابهـا المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف « المؤلف » • والـواقع أن المقصـود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر فى كل شخص

---

(١) الوقائع المصرية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ ، العدد ٤٩ مكرر .

(٢) انظر خاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقـة بالعملاء من خصائص ذاتيـة :

Desbois, op. cit., No. 262.

يعبر عن آرائـه ويبسطهـا فى كتاب ؛ فهو يعنى كل شخص ينتج انتاجـاً ذهنياً أو خلقاً فكرياً أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الانتاج أو الخلق ينطوى على قدر معين من الابتكار • ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأسـاسى للحقوق الذهنيـة أو حقوق المـؤلف ، وهذا ما عناه المشرع المصرى فى قانون « حماية حق المؤلف » بقوله انه يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة » (م ١/١) •

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفـة من قبل ــ فالأفكار والآراء دائماً مطروقـة معروفة ومتداولـة بين النـاس على اختلاف الزمـان والمكان ــ وانما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتاج الفكرى أو الخلق الذهنى بطابع معين يبرز شخصيـة معينة لصاحبه «[١]» سواء فى جوهر الفكرة المعروضـة أو فى مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو التبويب أو الأسلوب •

وعلى ذلك ، ينبغى اعتبـار المترجم الذى يقوم بترجمـة مصنف من المصنفـات من لغته الأصليـة الى لغـة أخرى مؤلفـا بالمعنى المقصود بالحمايـة القانونيـة «[٢]» ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصـة فى تخير اللفظ وتماسك الأسلوب والتصرف فى التعبير بما يوافق المعنى الأصلى اذا كان من شأن الترجمـة الحرفيـة للألفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه • ومن باب أولى ينبغى أن تشمل الحمايـة من يبذل ــ فى سبيل نقل مصنف الى لغـة أخرى ــ جهداً أكبر من مجرد الترجمـة ، سواء كان ذلك بتلخيصـه أ والتصرف فى عرضـه أو التعليق على مضمونه،

---

(١) راجع فى ذلك خاصـة :
Desbois, op. cit., Nos. 5 et s.

(٢) انظر فى ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 32-34.

اذ فى ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون . وقد أحسن قانون حماية حق المؤلف برفع كل شك قد يثور فى شأن شمول المصنفات المترجمة وما يشابهها بالحماية الواجبة ، فنص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه على أنه « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلى » .

وينبغى كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الأفراد من تجميع معين لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للأحكام القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادى آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره أو جهده الشخصى ، فيتميز مثلا بذوق معين فى اختيار مجموعات الآداب أو الفنون ، أو بترتيب معين لعرض الأحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق أو تعقيب عليها «[١]» . (م ٤/فقرة أخيرة من قانون حماية حق المؤلف) .

ومتى توافر عنصر الابتكار فى الانتاج أو الخلق الذهنى على هذا النحو ، اعتبر صاحبه مؤلفاً يتمتع بحماية القانون عن طريق الاعتراف له — على انتاجه أو خلقه — بحق معنوى وحق مالى على السواء «[٢]» ، وذلك

---

(١) انظر فى هذا المعنى :
Desbois, op. cit., Nos. 56

(٢) عزز المشرع هذه الحماية كذلك بفرض جزاءات جنائية على الاعتداء على حقوق المؤلف ، اذ تنص المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن « يعتبر مكونا لجريمة التقليد ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

(اولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ فقرة اولى وثالثة من القانون .

=

أياً كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهنى ، وأياً كانت قيمته من الناحية الأدبية أ والعلمية أو الفنية «١» ، وأياً كانت طريقة التعبين عنه بالكتابة أو الالقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة • وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف بقولها « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفوا المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » • وضربت المادة الثانية أمثلة كثيرة لأنواع المصنفات التى تشملها الحماية القانونية والتى يختلف مظهر التعبير عنها اختلافا كبيرا بحسب طبيعتها «٢» •

=

(ثانيا) من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل فى القطر المصرى دون اذن المؤلف أو من يقوم مقامه ، مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها هذا القانون .

(ثالثا) من قلد فى مصر مصنفات منشورة بالخارج وكذا من باع هذه المصنفات أو صدرها أو تولى شحنها الى الخارج .

وفى حالة العود ، يحكم على الجانى بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لاتزيد على ثلاثمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز للمحكمة ، فى حالة العود ، الحكم بغلق المؤسسة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا .

ويجوز للمحكمة ان تقضى بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع ، الذى وقع بالمخالفة لأحكام المواد ٥ و ٦ و ٧ فقرة أولى وثالثة ، التى لاتصلح الا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة .

كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو اكثر على نفقة المحكوم عليه » .

(١) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 50, 52, 53.

(٢) تنص المادة الثانية على ما يأتى: «تشمل هذه الحماية بصفة خاصة مؤلفى: المصنفات المكتوبة، المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة، المصنفات التى تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها ، المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ، المصنفات

=

٢٥٥ ـ أصحاب الحقوق الذهنية

اذا كان معيار الحق الذهني هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالي هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيراً اذا كان فرداً واحداً . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوباً الى شخص معين ــ سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى ــ قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهني عليه ، وان كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز اقامة الدليل على عكسها (م ١/٢ من قانون حماية حق المؤلف). فاذا أقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقي المستتر ، ثبتت له وحده ــ دون المؤلف الظاهر المسمى ــ صفة المؤلف وسلطات الحق الذهني .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهني ، يحتاج الى بعض الدقة في صورتي المصنف المشترك والمصنف الجماعي .

(١) المصنف المشترك(١): هو الذي يتعاون على اخراجه ويشترك في ابتكاره أكثر من شخص واحد . وهنا يكون من الطبيعي اسناد الحق الذهني

= الموسيقية سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها ، المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية ، الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية) المصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العلوم ، المصنفات التي تؤدى بحركات أو خطوات وتكون معدة ماديا للاخراج ، المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية ، المصنفات التي تعد خصيصا أو تذاع بواسطة الاذاعة اللاسلكية أو التليفزيون ، وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفي المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير او الحركة . وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف اذا كان متميزا بطابع ابتكارى ولم يكن لفظا جاريا للدلالة على موضوع المصنف » .

(١) راجع في ذلك خاصة :

Desbois, op. cit. Nos. 170 et s.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩١ .

الى كل المشتركين . ولكن من الواضح أن اشتراكهم فى ابتكار معين ، لا بد أن يلقى على عاتقهم التزامات متبادلـة تقيد من قدرة مباشرة كل منهم على حـدة لسلطـات هذا الحق .

١ ـ فاذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطا لايتميز فيه نصيب كل منهم فى العمل المشترك ولا يمكن فصلـه عن نصيب الآخرين ، اعتبروا جميعا أصحاب الحق الذهنى على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه فى الأصل بالتساوى ، بحيث يجب توافر اجماعهم لمباشرة سلطات الحق الذهنى «[1]» ، والا تولى القضـاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف (م ٢٥ من قـانون حماية حق المؤلف) . وواضح أن اعتبار المشتركين جميعـا أصحاب الحق الذهنى بالتساوى ، مرجعه تعذر تحديد نصيب كل منهم لاستحالة فصلـه وتمييزه «[2]» ؛ وهو ما يـوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض فى مباشرة سلطـات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الجماعى .

٢ ـ أمـا اذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نـوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهنى على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له فى الأصل ـ الا اذا وجـد اتفاق مخالف ـ الحق فى الانفراد باستغلال الجزء الذى سـاهم به على حدة . ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة،لابد وأن تتقيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركـة من ابتكاره واخراجه على هذا النحو الذى تتآزر فيه جهود المؤلفين المشتركين ؛ ولذلك يجب أن لايكون من شـأن استغلال هذا الجزء منفصلا الاضرار باستغلال المصنف الأصلى المشترك (م ٢٦ من قانون حمـاية حق المؤلف) .

---

(١) ومع ذلك ، يكون « لكل من المشتركين فى التـأليف ، الحق فى رفـع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف » (م ٢٥ من القانون) .

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعيـة ، يونيه ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٩ .

والأصل أن ثبوت الحق الذهنى لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذى ساهم به فى المصنف لا يعطيه حقاً استئثارياً على المصنف المشترك فى مجموعه ، بل يثبت الحق الذهنى على مجموع هذا المصنف لجميع الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الاجماعى فى شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع . ومع ذلك ، فثم مصنفات مشتركة يكون شطر معين منها هو الأساس والباقى هو الثانوى . وتفاوت الأهمية بين الشطرين فى مثل هذه الصورة من المصنف المشترك ، هى التى حدت بالمشرع المصرى الى الخروج على الأصل وتفضيل صاحب الشطر الأساسى ، بتمكينه من الانفراد بمباشرة الحق الذهنى على مجموع المصنف المشترك دون حاجة الى موافقة صاحب الشطر المساعد أو الثانوى ، ولكن مع حفظ حق هذا الأخير فى الحصول على نصيبه من الربح ، وحقه فى نشر الشطر الذى يخصه واستغلاله منفصلاً مادام هذا الشطر لا يتخذ أساساً لمصنف يشابه المصنف المشترك بحيث يكون وسيلة لمزاحمته .

ولذلك ففى صورة مصنفات الموسيقى الغنائية المشتركة « يكون لمؤلف الشطر الموسيقى وحده الحق فى الترخيص بالأداء العلنى للمصنف كله أو بتنفيذه أو بنشره أو بعمل نسخ منه ، مع عدم الاخلال بحق مؤلف الشطر الأدبى . ويكون لمؤلف الشطر الأدبى الحق فى نشر الشطر الخاص به وحده ، على أنه لا يجوز له التصرف فى هذا الشطر ليكون أساساً لمصنف موسيقى آخر ، مالم يتفق على غير ذلك » (م ٢٩) .

وأما « فى المصنفات التى تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى ، وفى الاستعراضات المصحوبة بموسيقى ، وفى جميع المصنفات المشابهة » التى لا يكون الشطر الموسيقى فيها هو الأساسى ، « فيكون لمؤلف الشطر غير الموسيقى ، الحق فى الترخيص بالأداء العلنى للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بعمل نسخ منه . ويكون لمؤلف الشطر الموسيقى حق

التصرف فى الموسيقى وحدها ، بشرط ألا يستعمل فى مصنف مشابه للمصنف المشترك ، مالم يتفق على غير ذلك » (م ٣٠) .

وفى المصنفات السينمائية أو المعدة للاذاعة اللاسلكية أو التليفزيون «(١)» ، يكون لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحرير المصنف الأدبى ولمؤلف الحوار وللمخرج مجتمعين ، الحق فى عرض المصنف المشترك رغم معارضة واضع المصنف الأدبى الأصلى أو واضع الموسيقى ، وذلك مع عدم الاخلال بحقوق المعارض المترتبه على الاشتراك فى التأليف . ولمؤلف الشطر الأدبى أو الشطر الموسيقى ، الحق فى نشر مصنفه بطريقة أخرى غير السينما أو الاذاعة اللاسلكية أو التليفزيون ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٣٢) .

---

(١) حدد المشرع من تثبت له صفة المؤلف صاحب الحق الذهنى فى المصنفات السينمائية وما يشابهها ، بنصه فى المادة ٣١ من قانون حماية حق المؤلف على أن « يعتبر شريكا فى تأليف المصنف السينمائى او المصنف المعد لرذاعة اللاسلكية أو التليفزيون : (أولا) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة الأدبى الموجود بشكل يجعله ملائما للفن السينمائى . (ثالثا) مؤلف الحوار المكتوبة للبرنامج الاذاعى أو التيليفزيون . (ثانيا) من قام بتحرير المصنف (رابعا) واضع الموسيقى اذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائى . (خامسا) المخرج اذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل ايجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى . — واذا كان المصنف السينمائى أو المصنف المعد للاذاعة اللاسلكية او التليغزيون مبسطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد». وبذلك خرج المنتج من عداد المؤلفين المشتركين فى المصنف السينمائى واعتبر مجرد ناشر له (م ٣٤) .

انظر ، خاصة ، فى المصنف السينمائى وتحديد مؤلفيه وحقوقهم :

Desbois, op. cit., Nos. 181 et s.

طه بدوى ، المصنفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها ، ١٩٤٨ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٤ .

(٢) المصنف الجماعى (١) : عرفت الفقرة الأولى من المــادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف المصنف الجمــاعى بأنــه « هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعــة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهــدف العــام الذى قصــد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى بحيث لايمكن فصل عمل كل من المشركين وتمييزه على حدة» • وواضح من ذلك، أنه لا يكفى لاعتبار المصنف جماعياً، تضافر جهود جماعــة من الأفراد على وضع مصنف ما والا وجب اعتباره حينئذ مصنفاً مشتركاً ، بل ينبغى ــ فضلاً عن ذلك ــ أن يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعى أو معنوى بحيث يتم وضعه فى الأصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين فى وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مســاهم وقدر اسهامه فى هذا المصنف عن نصيب الباقين • ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفــات التى توجه الدولة الى وضعهــا تحقيقاً لغــرض معين نفراً من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين فى علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم فيهــا على حدة •

والأصل أنه ينبغى الاعتراف بصفــة المؤلف صاحب الحق الــذهنى للأفراد الذين تآزروا على وضع المصنف وحدهم لأنه من خلقهم وابتكارهم، لا للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجههم الى وضعه دون أن يقدم فى ذلك أية مساهمــة فكرية أو ذهنيــة • واذا كان من المتصور أن يتنازل المؤلف الحقيقى صــاحب الابتكار عن سلطته الماليــة فى احتكار استغلال مصنفه الى الغير ، فان تنازله عن سلطــاته المعنــويــة غير متصــور نظراً لاتصالهــا الوثيق بشخصيته وخروجهــا بالتــالى عن دائرة التعــامل • ولذلك فالمبدأ أن مؤلفى المصنف الجماعى يملكون التنازل عن حقوقهــم

---

(١) راجع فى ذلك خاصــة :

Desbois, op. cit., Nos. 153-168.

محمد على عرفــه ، المرجع السابق ، نقرة ٣٩٢ •

المـاليـة الى الشخص الطبيعى أو المعنـوى الذى وجه الى وضع هـذا المصنف ، ولكنهم لايملكون التنازل عن حقوقهم المعنوية فى الابتكار وفى أبوته الى مثل هذا الشخص ، بل يظل وصف المؤلف ثابتا لهم وحـدهم دونـه .

ورغم هذه الاعتبارات القانونيـة ، فان المشرع المصرى ـ اعتداداً باعتبارات العمل ـ قد خرج على هذا الأصل واعترف بوصف المـؤلف لمن وجه الى وضع المصنف الجماعى لا لمن قاموا فعلاً بوضعه وابتكاره ، اذ تنص الفقرة الثانية من المـادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن « يعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفاً ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » . ولذلك يجب أن يؤخذ اعطـاء مثل هذا الشخص وصف المؤلف على أنه استثنـاء محض مقام على أسـاس الافتراض ، بقصد تفادى ما ينشـأ من صعوبـات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الأصليين مما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعى «١» . ولكن يظل الشك محيطاً بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهـدف .

٢٥٦ ـ طبيعـة الحقـوق الذهنيـة

ذهب الفقـة والقضـاء أول الأمر الى تكييف الحقـوق الذهنيـة باعتبارها حقـوقا عينيـة والى وصفهـا بأنهـا حقـوق ملكيـة أشيـاء معنويـة على نسق ملكيـة الأشيـاء المـادية .

ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقاداً شديداً فى الفقه : فهو من ناحيـة ، يخـرج اصطـلاح « الملكيـة » عن مدلولـه الفنى

---

(١) فى هذا المعنى :
Desbois, op. cit., No. 168.
وانظر كذلك فى انتقـاد هذا الوضع :
محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

التقليدى كحق يرد على الأشيــاء المـاديــة وحدهــا . وهو ، من ناحية ثانيــة ، يتعـارض مع خصيصــة التأبيد والدوام الملازمــة لحق الملكيــة، ذلك أن احتكار الاستغلال الذى تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهنى أو فكرى انما هو احتكار مؤقت بمدة معلومــة يحددهــا القانون . وهو من ناحيــة أخرى ، يتعارض مع ما يكون للمـالك من قدرة الاستئثـار وحــده باستعمــال الشىء المملوك ــ اذا أراد ــ دون تمكين أحد غيره من مثل هذا الاستعمــال ، ذلك أنــه من غير المتصــور قصر استعمــال الحقوق الذهنيــة على أصحابها دون غيرهم ، لأن استغلالها استغلالاً مالياً يفترض جعلهــا فى متناول الجمهور وتمكينه من استعمالهــا .

وهذا التكييف أخيراً لايتفق مع الطبيعة المـاليــة الخالصــة الثابتــة لحق ملكيــة الأشياء المــادية ، ففى الحقوق الذهنيــة جــانب معنــوى غير مالى يتصل أوثق الاتصــال بشخصيــة صــاحب الخلق أو النتــاج الفكرى مما ينعكس أثرة انعكاســاً ظاهراً على استغلال هذا الخلق أو النتــاج استغلالاً مالياً «١» .

من أجل ذلك ، انصرف الفقــه المعــاصر فى مجمــوعــه عن تكييف الحقــوق الذهنيــة بأنهــا حقوق ملكية «٢» ، واتجه الى تكييفهــا بأنها

---

(١) انظر، بصفة خاصة، فى بسط الانتقادات التى ترد على تكييف الحقوق الذهنيــة بانهــا حقوق ملكيــة :

Desbois, op. cit., Nos. 232, 233. — Roubier, op. cit., No. 21.

(٢) راجع فى ذلك :

Desbois, ibid. — Roubier, ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 574. — Beudant et Voirin, t. IV, op. cit., No. 161.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٧٦ . عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ .

ولكن انظر عكس ذلك :

Bonnecase, op. cit. t. V, No. 388. — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٧٠ و ٧١ . ــ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، فقرة ١٩٠ .

حقوق من نوع خـاص ذات طبيعـة مزدوجـة تجمع بين حقين مختلفين : حق معنوى يعبر عن أبوة صـاحبهـا لخلقـه وتناجه الفكرى ، وحق مالى يعبر عن احتكاره استغلال هذا الخلق والنتاج استغلالاً ماليـاً .

ونجـد صـدى هذا التطـور الفقهى فى تكييف الحقوق الذهنيـة واضحـا فى القـانون المصرى ، فبعـد أن كان التقنين المـدنى القـديم يحتسبهـا من حقوق الملكيـة بنصـه صراحـة على أن « يكون الحكم فيمـا يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكيـة مؤلفاته ... حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الجديد بالنص على أن « الحقـوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وبذلك أظهر المشرع المصرى بجلاء اعراضـه عن التكييف القديم للحقوق الذهنيـة بأنهـا حقوق ملكية أشيـاء معنوية . ثم جـاء القانون الأخير الخاص بحمايـة حق المؤلف ، فأفصح بجـلاء عن طبيعته المزدوجـة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوى وحق مـالى على السـواء .

من أجل ذلك ينبغى أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القـائم بينهمـا ، حتى ينكشف بذلك ــ فضلا عمـا قدمنـا من أدلـة على خطأ وصف الحقـوق الذهنيـة بأنهـا حقوق ملكيـة ــ اختلاف طبيعـة الحقوق الذهنيـة عن طبيعة الحقوق العينيـة اختلافا كبيرا لا يدع مجالا للخلط بينهمـا .

٢٥٧ ــ الحـق المعنـوى

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكرى أو الخلق الذهنى وبين شخص خالقه ومبتكره ، أو بين المصنف وبين مؤلفه . فلهذا الخـالق أو المبتكر أو المؤلف أبـوة فكرية على مصنفه أو أثره الأدبى أو الفنى . وهذه الأبوة الفكريـة هى التى تخـول لصاحب الحق الذهنى

أو المؤلف ــ وآثاره الأدبيــة أو الفنيــة أو مصنفاته ليست الا ابعاثا من شخصيته وانعكاســا لهــا ــ هيمنة كاملــة على هذه الآثار أو المصنفات من ناحيــة ، وتسبغ عليهــا احتراما وحماية لهــا من كل عبث أو اعتداء أو اغتصاب من ناحية أخرى . فالمقصود اذن من الحق المعنوى التعبير عمــا لصــاحب الحق الذهنى أو المؤلف من مصلحــة روحيــة فى تأكيد أبوتــه وسلطته على آثاره الذهنيــة ، وفى كفالــة الاحترام لهــا بوصفها امتداداً لشخصيته ، وبذلك يخول له هذا الحق سلطــات مختلفــة نذكر أهمهــا فيما يلى :

(١) يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنفه او تقديمه الى الجمهــور «[١]» ، ذلك أن هذا المصنف ليس الا جانباً من جوانب شخصيته هو الجانب الذهنى أو الفكرى ، فيكون هو صــاحب السلطة فى تقدير مدى صلاحيــة هذا الجانب للنشر أو العرض أو الاعــلان أو الاذاعــة . وقــد نص قانون حمــايــة حق المؤلف على هذه السلطــة التقديريــة بقوله « للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه وفى تعيين طريقــة هذا النشر » (م ١/٥) .

وبمقتضى هذه السلطــة التقديرية يكون للمؤلف الحق فى الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتنــاع للمحافظة على سمعته الأدبيــة أو الفنيــة أو العلميــة اذا لم يكن راضيــا عن انتاجه الفكرى . ولكن يراعى أن امتناعه هذا قد يرتب مسئوليته عما يصيب الغير من أضرار، وهو ما يتحقق فى حالة تنازله مقدماً وقبل تمام مصنفه عن حق استغلاله استغلالاً مالياً الى شخص آخر ، فان حقه فى الامتناع عن تسليم المصنف الى المستغل

---

(١) انظر فى ذلك خاصــة :
Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

يجب أن يقابله واجبه فى تعويض المستغل عما يلحقه من أضرار وخسائر من جراء هذا الامتناع .

واذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل أنه لايجوز للغير — دون اذن من المؤلف ودون تعويضه — أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، فقد ترخص المشرع فى الخروج على هذا الأصل مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى » «[١]» .

ومن قبيل ذلك أن بعض الآثار الذهنية قد تكون مهيأة بحسب الغرض منها لتمكين الغير من اعادة نشرها واذاعتها دون استئذان مؤلفيها أو تعويضهم ، كالآثار التى تلقى فى اجتماعات أو جلسات علنية عامة موجهة الى الكافة . ولذلك تقضى المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف بأنه « يجوز — دون اذن المؤلف — أن ينشر ويذاع على سبيل الاخبار الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والادارية والاجتماعات العلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، مادامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة الى العامة . — ويجوز أيضاً — دون اذن منه — نشر ما يلقى من مرافعات قضائية علنية فى حدود القانون » .

وكذلك فان قيام الغير باعادة نشر بعض المصنفات قد لا يكون مقصوداً من ورائه الحصول على مقابل مالى فضلاً عن تحقيقه لأغراض

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، العدد السابق ، ص ١٣٢٤ .

ثقافية خاصة أو عامة ، فلا يوجد حينئذ مبرر يدعو المؤلف ــ وليس ثم ضرر يصيبه ــ الى منع الغير من ذلك أو اقتضائه تعويضا عنه . ولهذا تقضى المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف بأنه « ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع ايقاعه أو تمثيله أو القاءه فى اجتماع عائلى أو فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى . ــ وللموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق فى ايقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى » . وكذلك اذا قام شخص ــ لاستعماله الشخصى ــ بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، فلا يترتب على ذلك اضرار بالمؤلف ، ولذلك لايجوز له أن يمنعه من ذلك (م ١٢) .

وتمكينا لحرية نقد الآراء ومناقشتها ، وللوسائل الاخبارية المختلفة ــ كالصحافة خاصة ــ من أداء وظيفتها ، « لايجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة ، اذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الاخبار ، مادامت تشير الى المصنف واسم المؤلف اذا كان معروفاً » (م ١٣) . و « يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبساً أو مختصراً أو بياناً موجزاً من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير اذن من مؤلفيها وبغير انقضاء المدة المنصوص عليها بالمادة الثامنة من هذا القانون » (م ٢/١٤) ، وهى مدة الخمس سنوات التى تنتهى بانقضائها حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية .

ورعاية للثقافة العامة ونشرها على أوسع نطاق ، أعطى المشرع للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق فى اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر دون اذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن، وعلى مديرى هذه الأماكن

تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الاذاعة (م٣٥/١). ولكن المشرع لم يرد بذلك اهدار حق المؤلف فى نسبة المصنف اليه ولاحقه أو حق أصحاب هذه الأماكن فى الاستغلال المالى ، ولذلك أوجب على هيئات الاذاعة « اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف اذا كان لذلك مقتض » (٣٥/٢).

(٢) يعطى الحق المعنوى للمؤلف الحق فى ان ينسب مصنفه اليه وحده(١)، بأن يتم نشره أو عرضه أو تقدمته للجمهور حاملا اسمه ، أو اسماً مستعاراً يختاره لنفسه أن أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق — اذا أراد — فى نشره غير حامل لأى اسم . وقد أشارت الى هذه السلطة م ١/٩ من قانون حماية حق المؤلف بقولها « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ... » ؛ كما نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من نفس القانون على أن الحماية تسرى « على الاسم المستعار بشرط ألا يقوم أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف » .

غير أنه يراعى أنه رغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظاً دائماً بحقه فى الكشف عن أبوته الفكرية وانتساب مصنفه اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالتنازل عنه أو عدم استعماله مهما طالت المدة على ذلك .

(٣) يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال اية تعديلات او تغييرات فى مصنفه يراها ضرورية لتحسينه والكمال به ، أو جعله موافقاً لتغير

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :
Desbois, cit., Nos. 591-603.

الزمن وتطور الفكر وتقدم العلم ، ويعطيه كذلك سلطـة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه ـ دون اذن منه ـ عند نشره أو عرضه «١» ، بما له من حق الأبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبيـة أو العلميـة أو الفنيـة • وقد عنى قانون حماية حق المؤلف بابراز هذه السلطة بقوله « للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه » (م ١/٧)، و«للمؤلف وحده الحق فى أن•• يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه » (م ١/٩) • ولكن مراعـاة ما قد تقتضيه الترجمة من بعض الحذف والتغيير يوجب الترخيص فيه بشرط الاشـارة اليه وعـدم الاضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى • ولذلك ينص القـانون « على أنه اذا حصل الحذف أو التغيير فى ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمـؤلف الحق فى منعـه الا اذا أغفل المترجم الاشارة الى مواطن الحذف أو التغيير، أو ترتب على الترجمـة مسـاس بسمعـة المؤلف ومكانته الفنيـة » (م ٢/٩) •

(٤) يعطى الحق المعنوى للمؤلف اخيرا الحق فى سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) «٢» ، فهو خالقـه ومبتكره ، فتكون له سلطـة اعدامه والرجوع فيمـا تم من تقدمته الى الجمهور ، وذلك رغم تصرفه فى حق الاستغلال المـالى •

والواقع أن الاعتبارات التى قد تحدو المؤلف الى اصدار مايشبـه الحكم بالاعـدام على مصنفه كثيرة متعددة • فقـد يبدو المصنف أمـام تقدم الفكر والمدنيـة تافهاً لا قيمة له مما تتأثر معه سمعـة المؤلف الأدبية أو الفنيـة اذا استمر تداوله بين الجمهور • وقـد يكون المصنف معبراً عن مرحلـة من المراحل الأولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 561, 565-590.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 550-564.

أو تهور أو تهجم على بعض القيم المسلمة فى المجتمع ، فيرى المـؤلف ـ صيانه لسمعته الأدبيـة أو الفنيـة واستجابـة لمـا يفرضه عليه تقـدم العمر من رزانة وحكمـة ـ أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيـاً من نمـاذج المصنف •

غير أن استعمال هذه السلطـة الخطيرة يضر أبلغ الضرر بمن يكون متنازلا له عن حق استغلال المصنف ماليا ، ولذلك يكون من العـدل الزام المؤلف بتعويض هذا الأخير عما يصيبه به سحب المصنف من التداول من أضرار ، بل سنرى أن قانون حماية حق المؤلف قد ذهب الى أبعـد من ذلك ، فعلق استعمـال المؤلف لسلطـة سحب مصنفه من التداول على مـوافقـة المحكمـة •

٢٥٨ ـ الحق المـالى (١)

يعبر هذا الحق عن الصلـة الماليـة القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهنى وبين مصنفه أو أثره الأدبى أو العلمى أو الفنى • فمن العـدل اعطـاء كل صـاحب خلق ذهنى أو انتاج فكرى فرصـة الافادة ماليـاً من هذا الخلق أو ذلك الانتاج عن طريق تمكينـه من الاستئثـار بثمرات عرضـه وتقديمه الى الجمهور • فهذا الحق اذن انما يعطى للمؤلف على مصنفه احتكار استغلاله (monopole d'exploitation) بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالى •

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسـه • وقـد يقـوم به الغير الذى يتنازل له المؤلف عن حقـه فى الاستغلال لقاء مبلغ من المـال يقدر عـادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعـات ، ويدفع اما جملـة واحـدة واما على أقسـاط طـوال مدة معلومـة ؛ أو يقدر بطريقـة جزافيـة (م ٣٩) •

---

(١) راجع تفصيل ذلك خاصـة :
Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

وقد نص قانون حماية حق المؤلف على هذا الحق المالى بقوله « (وللمؤلف) وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه » (م ٥/٢) .

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالاً مالياً أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة أو غير مباشرة . والنقل المباشر يكون بالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الاذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما . أما النقل غير المباشر ، فيكون بنسخ صور أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى (م ٦) .

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى ، ويكون للمؤلف وحده الحق فى ذلك ، ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك الا باذن كتابى منه أو ممن يخلفه (م ٧/٢ و ٣) . ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها ـ فيما يتعلق بترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية ـ قيد خطير ، اذ يرفع المشرع عنها الحماية اذا لم يقم بها المؤلف أو يأذن بها فى بحر مدة قصيرة معلومة ، وذلك ـ كما تقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ـ رغبة فى « تغليب الصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحثه على مباشرة هذه الترجمة فى أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الانسانى فى مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة »[1] .

---

(١) النشرة التشريعية ، العدد السابق ، ص ١٣٢٤ .

ولذلك تنص المـادة الثامنـة من هذا القانون على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغـة أجنبيـة أخرى فى ترجمـة ذلك المصنف الى اللغـة العربيـة ، اذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسـه أو بواسطـة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » «[١]» •

ولكن المشرع ـ كما رأينا ـ يجوز للصحف وللنشرات الدوريـة ـ دون اذن المؤلف أو المترجم الأصلى ودون تقيد بهذه المـدة ـ نشر مقتبس أو مختصر أو بيـان مـوجز من المصنفـات أو الكتب أو الروايـات أو القصص الأجنبية •

٢٥٩ ـ آثـار التمييز بين الحق المعنوى والحق المـالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهنى بوجه عـام يتكشف عن حقين متميزين : حق معنوى من ناحية ، وحق مالى من ناحيـة أخرى • وهذان الحقـان المتقابلان متصلان مرتبطـان ، وان كانا مختلفين اختلافاً جرهرياً فى طبيعتهمـا ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطـات ومكنات •

وتأصيل التفرقـة بينهمـا مرده الى أن الحق المعنوى انما يعبر عن الجانب الفكرى لشخصية صاحب الحق الذهنى أو المؤلف ، بينمـا يعبر الحق المـالى عن الجـانب المـادى لاستغلال المصنف أو الأثر الذهنى بما يعود على صـاحبه من منفعة أو ثمرة ماليـة • ومن هنـا ، كان الحق المعنوى ـ باعتبـاره حق أبوة على نتاج فكرى معين ـ حقـاً من حقوق الشخصيـة أو الحقوق اللصيقـة بالشخصيـة «[٢]» ، وهو على هذا النحو لا يتقوم بمـال ، فيندرج فى سلك الحقوق غير المـاليـة • بينما كان

---

(١) يراعى أن المشرع المصرى قد أهدر بذلك الى حد كبير حقوق المؤلفين باللغات الأجنبية ، باقتصاره على هذه المدة القصيرة لحماية حقهم فى ترجمـة مصنفاتهم الى اللغـة العربية أو الاذن بذلك •

(٢) انظر سابقا ، ص ٥٨٧ و ٥٩١ •

الحق المالى — باعتباره حق احتكار استغلال لأثر ذهنى معين — حقاً من الحقوق المالية ، يندرج فى سلكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

والبصر بهذا الاختلاف الجوهرى بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة نعرضها فيما يلى :

(١) الحق المعنوى — باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية — يمتنع التعامل فيه بنقله أو التنازل عنه أو الحجز عليه ، فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف ، ولذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل فى عناصر الذمة المالية . وقد عنى قانون حماية حق المؤلف ببيان هذه الصفات الملازمة للحق المعنوى بنصه على أنه « يقع باطلا كل تصرف فى الحقوق المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة أولى) و ٧ (فقرة أولى) و ٩ من هذا القانون » (م ٣٨). وعلى أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وانما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره. ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » (م ١٠) .

وقد استهدى المشرع بما للحق المعنوى من صلة وثيقة بشخصية المؤلف تكسبه بعض صفاتها ، فقرر — حماية للجانب الفكرى من هذه الشخصية ومنعاً لتقييده مقدماً تقييداً أبدياً — أنه « يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبل » (م ٤٠) .

(٢) يترتب على قابلية الحق المالى — دون الحق المعنوى — للتعامل والتصرف فيه ، أن الحق الذهنى أو حق المؤلف لا يكون لوجهية دائما نفس الصاحب . فاذا تنازل المؤلف عن حقه المالى فى احتكار استغلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقه المعنوى الذى

لا يملك التنازل عنه . وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف ، وصاحب للحق المعنوى هو دائماً المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف فى الحق المالى قد يكون نهائياً أو مؤقتاً يعود من بعد الى المؤلف ، وقد يكون شاملاً أو قاصراً على بعض طرق الاستغلال أو قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . لذلك يشترط القانون لتمام التصرف أن يكون مكتوباً ، وهذا شرط انعقاد لاشرط اثبات ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٢/٣٧).

والتصرف فى الحق المالى اما أن يكون منجزاً حال حياة المؤلف سواء كان على سبيل العوض أو على سبيل التبرع ، واما أن يكون مضافاً الى ما بعد الموت بالوصية . وقد أعفى المشرع المؤلف من التقيد بأحكام الوصية فى شأن القدر الجائز الايصاء به ، فجوز له الايصاء بحق الاستغلال المالى دون تقيد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته ؛ اذ تنص المادة ٢/٢٨ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصاً بالذات من الورثة أو من غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى . . . ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى يجوز فيه الوصية » . وأساس هذا الاعفاء والاستثناء ــ فيما يبدو ــ وجوب تأثر الحق المالى للمؤلف ــ رغم صفته الماليه ــ بحقه المعنوى اللصيق بالشخصية ، وهو مايستتبع اعطاء المؤلف حرية كاملة فى تحديد من ينتفع مالياً بانتاجه الذهنى فى حياته أو بعد مماته على السواء (١) .

---

(١) قارن : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٦٢ .

وينبغى أن يراعى أن التصرف فى نسخة من المصنف لايعنى التصرف فى الاستغلال المالى لذات المصنف ، وانما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادى محل التصرف لا على مايتضمنه هذا الجسم المادى من خلق فكرى أو ذهنى . ولذلك يمتنع على المتصرف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى بأية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج متماثلة ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لأن هذا الحق لايزال ثابتاً للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه . وعدم انصراف التصرف فى نسخة من المصنف الى حق المؤلف المالى على ذات المصنف وعدم اعتبار المتصرف اليه بالتالى صاحب حق فى استغلاله ، هو ما يجب تقريره كذلك حتى ولو كانت النسخة محل التصرف هى النسخة الأصلية الوحيدة . والتصرف فى النسخة الأصلية على هذا النحو ، ان كان لا يعطى للمتصرف اليه فيها حق الاستغلال المالى ، فانه كذلك يجعل مباشرة المؤلف لهذا الحق معلقة على قبول المتصرف اليه مالك النسخة الأصلية باعتباره مالك الجسم المادى الوحيد الذى يضم الخلق الفكرى؛ ولذلك يحسن بالمؤلف عند تصرفه فى هذه النسخة الاحتفاظ لنفسه بحق الاستغلال المالى . وقد نصت المادة ٤١ من قانون حماية حق المؤلف على هذه الأحكام بقولها « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف أياً كان نوعه نقل حق المؤلف . ولكن لايجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » .

(٣) ما دام الحق المعنوى يعتبر انعكاساً لشخصية المؤلف ، فيبقى دائماً للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم تنازله عن حقه المالى فى استغلاله ، سلطة الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى ، بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد

بدئه باقتضــاء سحب المصنف من التداول ، وسلطــة ادخــال تعديلات جوهريــة عليــه .

ومثل هذه السلطــات التى يعطيهــا الحق المعنوى للمؤلف تكــون ذات نتــائــج خطيرة على الحق المــالى الذى انتقل الى المتنــازل له عن الاستغلال . ولذلك فان تخويل هذه السلطات للمؤلف ، لا يجب أن يعفيه من المسئولية عن الأضرار التى قد يسببهــا للمتنــازل له عن الاستغلال نتيجــة استعمــاله لهــا . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمــال دون مبرر قــوى يستند الى اعتبارات خاصــة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصيــة المؤلف وسمعتــه الأدبيــة أو الفنيــة ، يعتبر استعمالا تعسفيــا غير مشروع من جانب المؤلف صــاحب الحق المعنوى ، يجب على القضــاء حماية المستغل منه «[١]» .

وقــد بصر المشرع بذلك فيمــا يتعلق بسلطــة سحب المصنف من التــداول وكذلك بسلطــة ادخال تعديلات جوهريــة عليه ، فجعل هذا السحب أو التعديل مناطا بموافقــة القــاضى ، وبدفع تعويض عادل معجل الى المستغل ، اذ تنص المــادة ٤٢ من قانون حمايــة حق المؤلف على أن « للمــؤلف وحده اذا طــرأت أسبــاب خطيرة ، أن يطلب من المحكمــة الابتدائية الحكم بسحب مصنفــه من التداول ، أو بادخــال تعــديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المــالى . ويلزم المؤلف فى هذه الحالــة أن يعوض مقدماً من آلت حقوق الاستغلال المــالى اليــه تعويضاً عادلا يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمــة والا زال كل أثر للحكم » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Hassan Kira, thèse précitée, pp. 166-168. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164.

وقد يكون فى مثل هذا النص اعنات على المؤلف صاحب الحق المعنوى وتحيز ظاهر للمتنازل اليه عن حق الاستغلال المالى ، بتعليق ما قضى به الحكم ـ من سحب المصنف من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه ـ على دفع مبلغ التعويض الذى تحدده المحكمة مقدماً الى المستغل «١» . فقد لا يكون فى مكنة المؤلف اسلاف مثل هذا التعويض ، فيضيع بذلك عليه حقه الذى تثبته له أبوته الأدبية أو الفنية من قدرة تعديل المصنف أو سحبه من التداول ، خاصة بعد أن اتضحت ضرورة هذا التعديل أو السحب وعدالته باقرار المحكمة له . فضلا عن أن الغالب ، أن المتنازل اليه عن حق الاستغلال لا يحصل على ثمرات استغلال المصنف دفعة واحدة بل يحصل عليها بالتدريج وتبعاً لعوامل السوق المختلفة ، ولذلك فان دفع التعويض اليه كان يجب أن يكون على أقساط وآجال عادلة اذ لا يضيره ذلك فى شىء .

(٤) الحق المالى ـ باعتباره ذا صفة مالية محضة ـ يعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة . غير أن مثل هذا الحق ليس بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استغلال المصنف ماليا بعد فواتها احتكاراً لأحد ،اذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . وقد طبق قانون حماية حق المؤلف هذا المبدأ فنص على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف «٢» (م ١/٢٠) ، أو على وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليف

---

(١) انظر فى انتقاد هذا النص كذلك :
محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨٨ ، ص ٥٣١ .

(٢) « على انه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع انشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتنقضى هذه الحقوق بمضى خمسة عشر عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » (م ١/٢٠) .

نفس المصنف (م ٢٠/٢) «[١]» . أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً أو خاصا (م ٢٠/٣) ، أو اذا كان المصنف منشوراً غفلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) «[٢]» .

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجعله موقوتا . ذلك أن الأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه ، بحيث يكون مصيره فى نهاية الأمر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى المتجمع على مر الأجيال . فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلاله اذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافىء جهده الذهنى ، وهو ما يحققه عادة فى ظرف مدة معينة . لذلك كان منتقداً قبل صدور قانون حماية حق المؤلف ورغم عدم وجود نص بتأقيت الحق المالى للمؤلف حينئذ ما ذهبت اليه بعض المحاكم من أن الحق المالى ينبغى اعتباره حقاً مؤبداً حتى يتدخل المشرع فيؤقته بما يشاء من مدة ، لأن مسألة تحديد مدة معينة ينقضى بعدها هذا الحق لا تحل الا عن طريق التشريع «[٣]» . فقد كان فى وسع هذه المحاكم

---

(١) وقد حل المشرع مشكلة حساب المدة اذا كان المصنف لم ينشر فى حياة مؤلفه بل نشر لأول مرة بعد وفاته ، فجعل بدايتها من تاريخ وفاته أو من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليفه (م ٢٢) .

(٢) « فى الأحوال التى تبدأ فيها مدة الحماية محسوبة من تاريخ نشر المصنف وفقا لأحكام هذا القانون ، يتخذ اول نشر للمصنف مبدأ لحساب المدة بغض النظر عن اعادة النشر ، الا اذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الاعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفا جديدا . — فاذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء او مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات ، فيعتبر كل جزء او مجلد مصنفا مستقلا على حساب المدد » (م ٢٤) .

(٣) انظر استئناف مصر ١١ مارس ١٩٣٧ ، المحاماة ١٧ ، رقم ٥٩٧ ، ص ١١٩٦ ، حيث يقرر الحكم « انه وان كانت طبيعة حق المؤلف وتوقيته مما قد تقضى المصلحة العامة به ، ولكن القضاء فى مصر لا يستطيع ان يؤقت حق المؤلف لا بوفاته ولا بمضى مدة معينة على وفاته ، لأن قواعد العدل التى

=

ـ أمام سكوت المشرع ـ النزول على ما تقضى به طبيعـة الحق المـالى من توقيته وتحديد المـدة المعقولـة التى ينقضى بعدها هذا الحق باستلهام مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، معتدة فى ذلك بطبيعة المصنف والظروف الخاصـة المحيطة بكل حالـة . وعلى أى حال ، فقد أصبح تأقيت هذا الحق اليوم مقرراً ومحدداً مبدأ ومدة بمقتضى التشريع على ما سبق بيانه من نصوص قانون حماية حق المؤلف .

أما الحق المعنوى ، فهو حق مؤبد لا ينقضى بمضى مدة معينـة ، بل يظل ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته . غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه ناقصـاً قاصراً على مجرد المحافظـة على سمعـة المـورث الأدبيـة أو الفنيـة ، برقابـة استمرار نشر مصنفـه أو عرضـه كمـا تركه عند وفاته حاملاً اسمه أو الاسم المستعـار الذى اختاره ودون تحريف أو تشويه «[1]» . فلا يكون لهم ما كان للمورث من قدرة على سحب المصنف من التداول أو تناوله بالتغيير والتعديل أو تقرير نشره ابتداء ؛ فمثل هذه القدرة لا يتصور ثبوتهـا الا للمؤلف وحده باعتباره خالق هذا المصنف ومبتكره

علمنا الشارع الالتجاء اليها عند نقص التشريع لا تنطق بشيء فى هذه الحالة ؛ وهى مسألة لا تحل بغير التشريع ولا حيلة للقضاء فيها ، وليس أمامه الا معاملة هذا الحق المدنى معاملة غيره من الحقوق المدنيـة فيقرر أنه ينتقل بالارث كغيره ويبقى للمورث أبد الآبدين. ومهما قيل من منافاة ذلك لطبيعة الحق او ان مراد الشارع فى معاملة هذا الحق معاملة خاصة تختلف عن معاملته للحقوق الأخرى ، وهذا المراد ظـاهر من احالة تنظيمه الى قانون خاص لم يوجد بعد ، الا ان هذا هو الحل القانونى الوحيد الممكن ازاء النقص التشريعى الحالى ، وهو الوحيد الذى يحول بين القضاء وبين الافتيات على سلطة المشرع » .

وانظر فى انتقاد هذا الحكم :

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٠ ، ص ٥٤٠ و ٥٤١ .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 623-628.

وصاحب الأبوة الفكرية . وبذلك يكاد يعتبر الورثة فى مركز الحارس لتراث مورثهم الفكرى «١» ، ويبقى حالهم فى ذلك قائماً على الدوام رغم انقضاء الحق المالى بمضى المدة القانونية المقررة .

هذه هى الأصول الفقهية المستقرة والمتفقة مع طبيعة الحقوق الذهنية بنوعيها فى تحديد مصيرها بعد وفاة المؤلف . وقد ساير المشرع المصرى — فى تنظيمه الاستخلاف على الحق المالى والحق المعنوى للمؤلف — هذه الأصول فى المبدأ ، وان كان قد خرج عليها استثناء باثبات بعض السلطات المعنوية الايجابية لورثة المؤلف .

ففيما يتعلق بالاستخلاف على الحق المالى ، قضى قانون حماية حق المؤلف بأن حقوق الاستغلال المالى تثبت فى الأصل بعد وفاة المؤلف لورثته «٢»، الا اذا كان المؤلف قد عين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم أوصى لهم بهذه الحقوق ولو جاوز فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية كما سبق البيان (م ١٨) . وقد سبق القول بأن الاستخلاف على الحق المالى مؤقت ينتهى فى الأصل بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف .

وأما الاستخلاف على الحق المعنوى فقد نظمه قانون حماية حق المؤلف بقوله « اذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر الى من يخلفونه وفقاً لأحكام المادة السابقة . — ولهؤلاء وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ و المادة ٩ . — على أنه اذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمد آخر ، وجب تنفيذ ما أوصى به » (م ١٩) .

---

(١) Desbois, op. cit., No. 625

(٢) « ... فاذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون ومات أحد المؤلفين بلا وراث ، فان نصيبه يؤول الى المؤلفين المشتركين وخلفهم مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (م ١/١٨) .

ويراعى أن هذا النص يجعل للورثة ومن فى حكمهم خلافة على الحق المعنوى للمؤلف أوسع من الخلافة المجمع على تقريرها لهم فى هذا الشأن .

فهو ان كان يستخلفهم على ما يجب استخلافه من الحق المعنوى أى على جوانبه السلبية المقررة فى المادة التاسعة من مراعاة احترام نسبة المصنف الى المؤلف ودفع أى اعتداء على هذه النسبة ، ومنع أى حذف أو تغيير فى المصنف ، الا أنه يجاوز هذا القدر الطبيعى للاستخلاف على الحق المعنوى فيستخلفهم كذلك على بعض جوانبه الايجابية المتفق على اعطائها صفة شخصية خالصة تثبتها للمؤلف وحده ، دون ورثته أو خلفائه «[1]» ، باعتباره صاحب الأبوة الفكرية وحده على مصنفه ، اذ يستخلفهم على حق تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير ، وعلى حق ادخال بعض التعديل أو التحوير على المصنف .

ولئن أمكن تبرير هذا الاستخلاف بشأن تقرير حق الورثة فى نشر المصنف الذى يموت مؤلفه قبل تقرير نشره ، على أساس استخلاص نية المؤلف الضمنية فى النشر من سكوته عن الايصاء بمنع النشر ، خاصة وأن القانون يحترم مثل هذا الايصاء ويوجب تنفيذه (م ١٩/٣) باعتبار الورثة حينئذ مجرد منفذين لنية المؤلف وارادته الضمنية ؛ الا أن من العسير تبرير استخلاف الورثة ومن فى حكمهم على سلطة ادخال التعديلات والتحويرات على المصنف ، فهذه السلطة لا تنفك تلازم المؤلف وحده وتكون لصيقة بشخصيته ، باعتباره الأب الفكرى لهذا المصنف والقادر على التصرف فى مضمونه وحده بالتغيير والتعديل والتحوير ، بحيث لا يكون مفهوما اثبات مثل هذه السلطة الخطيرة التى تمس الكيان الفكرى للمصنف لورثته أو خلفائه من بعده «[2]» .

---

(١) Desbois, op. cit., Nos. 626, 627.

(٢) ولا يمكن تبرير الاستخلاف على سلطة التعديل ـ كالاستخلاف على سلطة النشر ـ على أساس استخلاص ارادة المؤلف الضمنية فى التعديل كما تستخلص فى النشر من سكوته عن المنع . ذلك أن الأصل فى المصنف اذا تم

=

وأياً ماكان الأمر ، فان المشرع احتياطا منه لما قد يحدث من احجـام ورثة المؤلف أو خلفائه ـ لأى سبب من الأسباب ـ عن مباشرة مايثبته لهم القانون من حقوق مالية ومعنوية على السـواء ، وتحقيقا للصالح العـام الذى يقتضى تجنيب المصنفات القيمة عواقب هذا الاحجام من قبرها وحجبها عن الجمهـور ، قد رخص لوزير التربية والتعليم فى الحلول محل هؤلاء الورثة أو الخلفاء فى مباشرة ما أحجموا عن مباشرته من حقـوق ، ورسم طريق هذا الحلول بنصه فى المـادة ٢٣ من قانون « حماية حق المؤلف » على أنه « اذا لم يباشر الورثـة أو من يخلف المؤلف الحقـوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى (وزير المعارف العمومية) أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب الى خلف المؤلف نشره «[1]» بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصـول . فاذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعوض خلف المؤلف فى هذه الحالـة تعويضا عادلا » .

=

هو نشره لا حجبه عن الجمهور، فما لم توجد ارادة واضحة للمؤلف قبل وفاته فى منع النشر ، فمعنى ذلك وجوب احترام الأصل من النشر واعتبار قيام الورثة بذلك تنفيذا لارادة المؤلف التى أعجله الموت عن اظهارها . والأصل فى المصنف كذلك بقاؤه على حاله التى تركهـا عليه المؤلف عند وفاته الا أن يكون قد اظهر عكس ذلك ، ولهذا لايستخلص من سكوته اى معنى لاستخلاف ورثته او خلفائه على أمر تعديل مصنفه ، بل يكون معنى السكوت هنا التزام الأصل من بقاء المصنف على حاله وتقييد الورثة او الخلفاء بذلك .

(١) من الواضح ان ذلك يفترض عدم ايصاء المؤلف بمنع النشر، والا لما ثبتت سلطة تقرير النشر لورثته ولما كان لوزير التربية والتعليم بالتالى الحلول محلهم فى مباشرتهـا .

الفصل الرابع

الـذمـة المـاليـة *

٢٦٠ ـ تعريف الذمـة المـاليـة

يقصد باصطلاح « الذمة المالية » (Le patrimoine) في الفقه السائد ، التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليـه من حقوق والتزامات مالية .

وبذلك تتكون الـذمـة من جـانبين : جـانب ايجابي (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المـاليـة . وبقدر ما تزيد حقـوق الشخص المـاليـة على التزاماته تعتبر ذمته دائنـة ، وبقدر ما تزيد التزاماته المـاليـة على حقوقة تعتبر ذمته مدينـة .

---

* المراجع :

Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, pp. 811-825. — Ismaïl Ghanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien (dactylographié), thèse Paris, 1951.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. IX, Nos. 573-583. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 13-36. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 128-132. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 646-655. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 287-290. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 282 - 293. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 15-25. — Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol, t. I, 3e éd., 1946, Nos. 2514-2521.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ـ ١٢٣ . ـ شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤ ـ فقرة ٧ . ـ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ص ١٠٥ ـ ١١٩ . ـ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ ـ ١٦٠ . ـ عبد الحي حجازى ، المرجع السابق، ص ٢٢٤ ـ ٢٣١ . ـ عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ ، فقرات ١٦٧ ـ ١٧٤ ، ص ٢٤٢ ـ ٢٥٦ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، ص ١٣١ ـ ١٤٥ . ـ محمد سامي مدكور ، المرجع السابق ، ص ١١٣ ـ ١٢٧ .

والذمـــة المالـيــة ــ كما يدل عليه اسمها ــ لا تتكون فى جانبيهـا الايجابى والسلبى الا من حقوق الشخص والتزاماته المـاليـة وحدهـا ، فلا يدخل اذن فى الجـانب الايجابى للذمـة أى حق غير مالى للشخص ، ولا يدخل فى الجانب السلبى لها أى التزام غير مالى عليه «[١]» •

ومن هنا ، فلا يدخل فى الجـانب الايجابى للذمـة المـاليـة حق الانســان على اسمه أو الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه مثلا ، اذ هما حقـان غير ماليين • وان كان الاعتداء على أى منهمـا يولد للمعتدى عليه حقاً مالياً فى التعويض هو الذى يدخل وحده فى ذمته حينئذ كعنصر ايجابى•

وكذلك فالالتزام السلبى العام الواقع على الكافـة باحترام الحقوق لا يدخل فى ذمـة أحد من الأشخاص كعنصر سلبى اذ ليست لمثل هذا الالتزام قيمـة ماليـة ، وان كان خرقه بالاعتداء على حق من الحقوق يولد التزاماً ماليا بالتعويض يدخل حين الاعتداء فى ذمـة المعتدى كعنصر سلبى، بحيث يقابله فى ذمـة المعتدى عليه ــ كعنصر ايجابى ــ الحق فى اقتضـاء هذا التعويض •

٢٦١ ــ الخلاف حول تاصيل فكرة الذمة الماليـة

كان تأسيس فكرة الذمـة الماليـة وتأصيلهـا محل جدل كبير فى الفقـه ، نرى صداه فى ظهور نظريتين متقابلتين فى هذا الصدد : نظريـة تقليديـة ظلت لها السيـادة فى الفقه الفرنسى طوال القرن المـاضى ، تربط بين الذمة المالية وبين الشخصية ربطا وثيقـا محكما حتى لتدمجها فيهـا وتعطيهـا كل خصائصهـا ؛ ولـذلك عرفت باسم نظريـة الشخصيـة

---

(١) اذا كان هذا هو الراى السـائد لدى جمهور الفقهـاء ، فثم قلـة منهم تذهب الى أن الذمة يجب أن تتسع للعناصر المالية وغير المالية على السواء ، على أساس أن هذه العناصر كلها يجمعها التعلق والتخصص بشخص صاحب الذمـة .

لنظر فى الدفاع عن هذا الراى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 292.

(Théorie de la personnalité) .ونظرية راجت فى الفقــه الألمانى خاصــة ، تربط بين الذمــة الماليــة وبين الغرض الذى تخصص له مجموعــة من الحقوق والالتزامــات المالية ، دون استلزام وجود شخص معين تسند اليه هذه الذمــة أو تلك المجموعــة ، ولذلك عرفت باسم نظريــة التخصيص . (Théorie de l'affection)

فنعرض فيما يلى لهاتين النظريتين على التوالى ، لنرى من بعد موقف الفقــة الحديث منهما ونظرتــه اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتهــا العمليــة •

٢٦٢ ـ نظرية الشخصية

تنسب هذه النظريــة الى الفقيهين الفرنسيين « أوبرى » (Aubry) و « رو » (Rau) • وهى تقوم علىأساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعاثها منها «[1]» • فالذمة اذن هى احدى خصائص الشخصية ، بل هى الشخصيــة ذاتها منظوراً اليها من جانبها المــالى • ولم يكن بد ــ وهذا الأســاس هو نقطــة الابتداء ــ من أن تخلع هذه النظريــة على الذمــة المــاليــة صفات الشخصيــة كاملة فترتب عليهــا النتائج الآتية :

(١) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة فى الشخصيــة ، أو ما دامت ــ بعبــارة أخرى ــ هى الجــالب المــالى للشخصيــة ، فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمــة ماليــة •

فلا يعلق وجود الذمة الماليــة اذن على ضرورة وجــود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات ماليــة واقعــة عليه فى وقت معين • فالطفل اللقيط العــارى مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام مالى ثابت له أو عليــه ، تكون له ذمة ماليــة ، اذ العبرة فى وجود الذمــة تكون بتوافر

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573. فهما يذكران أن « فكرة الذمة تستخلص مباشرة من فكرة الشخصية» (ص ٣٣٣) ، وأن « الذمــة هى انبعاث من الشخصية وتعبير عن القدرة القانونية التى يخولها الشخص باعتباره كذلك » (ص ٣٣٥) •

الصلاحيـة لاكتسـاب الحقوق والتحمل بالالتزامات الماليـة دون نظر الى اكتسـابهـا أو التحمل بهـا فعلا وحالا ، وهذه الصلاحيـة متوافرة فى كل شخص حتى فى الطفل اللقيط .

ولا يعلق كذلك وجود الذمة المالية على كونها دائنة بزيادة جانبهـا الايجابى على الجـانب السلبى ، أى بزيادة حقوق الشخص المـاليـة على التزاماته ، فلكل من المفلس والمعسر مثلا ذمـة ماليـة رغم الافلاس أو الاعسـار ، وذلك لتوافر الصلاحيـة والقابليـة عنده ـ ككل شخص ـ لوجوب الحقوق المـاليـة له أو عليـه .

ومنطق هذا النظر هو الذى يبرر مذهب بعض أنصـار هذه النظرية فى تعريفهم للذمة الماليـة بأنها مجموع الحقوق والالتزامات الماليـة التى تكون للشخص أو عليه فى الحاضر أو المستقبل ، فذلك يعنى أن الذمـة الماليـة تثبت حتمـا لكل شخص بصرف النظر عن وجـود عناصر لها حاليـة ، ما دام احتمال هذا الوجود قائماً بالنسبـة الى المستقبل «[1]» .

(٢) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه : ما دامت الذمةالمالية هيالشخصية فى مظهرها المالى ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص . ومن هنا ، فكما أن لكل شخص ذمة مالية ، فلكل ذمة مالية كذلك شخص تستند اليه وتثبت له . وعلى ذلك ، فتثبت الذمة المالية لكل شخص سواء كان شخصاً طبيعيا أو شخصا اعتباريا ، ولا تثبت فيما وراء ذلك لأحد أيا كان ؛ فلا

---

(١) انظر قول « أوبرى » و « رو » : « ان الذمة باعتبارها ، فى التعبير الكامل ، هى شخصية الانسان نفسهـا منظورا اليهـا فى علاقاتها مع الأشياء الخارجيـة التى يكون له او سيكون له عليهـا حقوق تباشر ، تتضمن ـ ليس فقط الأموال المكتسبـة فعلا ـ بل وكذلك الأموال التى سوف تكتسب . وهذا هو ما يعبر عنه الاصطلاح الالمانى (Vermogen) الذى يعنى السلطة او القدرة (pouvoir) والذمة (patrimoine) . فذمة الشخص اذن هى قدرته القانونية منظورا اليها بصفة مطلقة خالصة من قيود الزمان والمكان ». (المرجع السـابق ، ص ٣٣٤ ، هامش رقم ٦) .

تثبت لحيوان أو جمـاد ، ولا لجماعات من الأشخاص أو مجموعـات من الأمـوال لا تتوافر لها الشخصيـة المعنويـة أو الاعتبارية .

(٣) الذمة المالية واحدة لا تتعدد او تتجزأ: ما دامت الذمة المالية هى الشخصيـة ذاتها فى مظهرها المالى ، فهى اذن ـ كالشخصية ـ واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، بمعنى أن الشخص لا تكون له الا ذمة مالية واحدة ، فلا يتصور أن يكون للشخص أكثر من ذمة واحدة ، لأنه لا يتصور أن تكون له أكثر من شخصية واحدة .

ولا يطعن فى وحدة الذمة المالية للشخص ـ عند أنصار هذه النظرية ـ أن تخضع بعض عناصرها لنظام قانونى مختلف عن النظـام القانونى الذى تخضع له الذمة فى مجموعهـا ، اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحتمه اعتبارات خاصـة «١» .

(٤) الذمة المالية وحدة او مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها : ما دامت الذمة المالية هى الشخصية نفسها فى مظهرها المالى ، وما دامت الشخصية هى مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعـة فعليـة ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص فى الحاضر وما قد يوجد له فى المستقبل من هذه الحقوق وتلك الالتزامات .

ومن هنا ، كانت الذمة تمثل وحدة قانونية مجردة مستقلـة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها «٢» ، بحيث لا يتأثر وجودها بأى تغيير أو تعديل

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) وفى ذلك يقول « أوبرى » و « رو » ان « فكرة الذمة تستخلص مباشرة من فكرة الشخصية . وانه مهما يكن من تنوع الأشياء التى يمكن ان يرد عليها للانسان حقوق يباشرها ومن تعدد طبيعة تكوينهـا ، فان هذه الأشياء باعتبارها مادة حقوق شخص معين لا تقل خضوعا لحرية نفس الارادة الواحدة ولتصرف نفس القدرة القانونيـة الواحدة ؛ وهى بذلك تكون كلا قانونيا » .
(Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573, pp. 333, 334) .

يطرأ على هذه العناصر • فهذا التغيير أو التعديل فى العناصر المكونة للذمة ، ان كان يؤثر فى القيمة المالية للذمة فى وقت معين ، فهو لا يمس بحال من الأحوال وجود الذمة نفسه • فالذمة موجودة دائماً وملازمة للشخص حتى ولو كانت خلوا فى وقت معين من أية حقوق واجبة له ومن أية التزامات واقعـة عليه •

فوجود الذمة اذن فى منطق هذه النظرية تصور قانونى مجرد يعبر عن وحدة أو مجموعـة معينة تمثل الصلاحيـة المستمرة لدى الشخص فى اكتسـاب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، دون نظر الى الوجود الفعلى فى وقت معين لهذه الحقوق وتلك الالتزامات • وبذلك تكون الذمـة ــ فيما يقال ــ كالوعـاء يستقل فى وجوده عن وجـود محتوياته ، فهو يوجد فى ذاته ولو خلا يوماً من محتوياته ويظل موجوداً ليتلقى ما قد يدخل فيه مستقبلا من محتويات •

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونيـة مجردة مستقلـة فى وجودها عن وجود العناصر الداخلـة فيهـا ، فلا يتصور التصرف فى الذمة أو التنازل عنهـا كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو التنازل وارداً على ما يوجد من عناصرهـا فى وقت معين دون أن يمس ذلك وجـود الذمـة نفسهـا «١» • وهذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على أنها هى الشخصيـة ذاتهـا فى مظهرها المـالى ، اذ كما يستحيل التصرف فى الشخصيـة أو التنازل عنهـا ، فكذلك يستحيل التصرف أو التنازل عن الذمة الماليـة كوحدة قانونيـة •

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماتـه تنتقل الى الـورثـة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم ــ فالذمـة لا تنتقل من شخص

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., No. 577.

الى آخر — وانما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها فى أشخاص الورثة »(١) .

ويراعى أن هذا التبرير الذى تقول به نظرية الشخصية — لتلقى الوارث حقوق المورث والتزاماته المالية — من حيث اعتبار شخصية المورث ممتدة خلال شخصية الوارث ، اما أن يجعل من الوارث والمورث شخصاً واحداً واما أن يجعل للوارث شخصيتين ، بحسب مدى مسئولية الوارث عن ديون المورث .

فهذا الامتداد يجعل من الوارث والمورث شخصاً واحداً فى حالة ما اذا كانت مسئولية الوارث عن ديون المورث مطلقة حتى ولو جاوزت حقوق التركة ، كما هى القاعدة فى القانون الفرنسى . اما اذا كانت مسؤلية الوارث عن ديون المورث محدودة بقدر ما فى التركة من حقوق — كما هى القاعدة فى القانون المصرى ، وكما هى الحال فى القانون الفرنسى عند قبول الوارث التركة بخيار الجرد — فهذا الامتداد يجعل له شخصيتين : شخصيته الخاصة به ، وشخصية هى امتداد لشخصية المورث ، بحيث تكون لكل شخصية ذمة مستقلة عن الأخرى .

٢٦٣ — نظرية التخصيص(٢)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء الألمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بما قامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية فى الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583

(٢) أنظر فى عرض هذه النظرية خاصة :

Michoud, Le théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité Juridique, 2e éd., p. 477, 478. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, No. 383. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit. No. 21.

من أجل ذلك رأوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين، وانما بسبب تخصيصها لغرض معين • ولذلك فالعبرة فى وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه وانما بوجود غرض تتخصص به • ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى غرض واحد ، أمكن القول بوجود ذمة مالية دون حاجة الى استلزام وجود شخص معين تسند اليه •

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعاتها من ورائها الاستغناء بفكرة الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية • فهم لا يسلمون بالشخصية الا للانسان أى للشخص الطبيعى وحده • أما اعطاء الشخصية لمجموعات من الأشخاص كالشركات أو الجمعيات ، أو لمجموعات من الأموال كالمؤسسات ، فليس عندهم الا مجرد افتراض بحت يخالف الواقع ، وحيلة صناعية مختلقة خاصة لامكان الاعتراف لهذه المجموعات بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها • ولا يحتاج الأمر — لادراك هذه النتيجة — الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، اذ كل من هذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين •

وتترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها فيما يلى :

(١) وجود الذمة دون شخص : ليس من الحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص ، اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض • وهذا يغنى عند أصحاب هذه النظرية — كما سبق البيان — عن فكرة الشخصية الاعتبارية

التى تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعيـة بحتة للاعتراف للأشخاص الاعتبارية بذمة ماليـة مستقلة .

(٢) امكان تعدد الذمة : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة فى الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرهـا لغرض معين ، فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجـد له أكثر من ذمة ، فتتعدد ذممه بتعدد الأغراض التى تتخصص بها مجموعـات من حقوقـه والتزاماته الماليـة . فالوارث مثلا الذى لا يكون مسئولا عن ديون مورثه الا فى حدود أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الخاصـة به ، وذمة مورثه التى آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمـة ديونهـا ، فلا يلتزم الوارث فى ذمته الخاصـة بسداد ديون مورثه . والشخص الذى يجمع بين النشاط التجارى والنشـاط المدنى قد تكون له ذمتان : ذمـة تجاريـة تتكون من مجموع الحقوق والالتزامات الماليـة المخصصـة لأعمال تجارته ، وذمـة مدنيـة تتكون من مجموع الحقوق والالتزامات الماليـة المخصصة لأعماله المدنيـة .

(٣) امكان انتقال الذمة : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهى على هذا النحو تكون مجموعـة فعلية ــ لا مجموعة احتمالية ــ من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بغرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيهـا والتنازل عنها . وكذلك يمكن انتقالهـا بالموت الى الورثة ، دون حاجـة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية ــ فى سبيل تبرير هذا الانتقال ــ من افتراض بحت يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث .

٢٦٤ ــ تعقيب على النظريتين

هاتان هما النظريتان الرئيسيتان فى تأسيس وتأصيل فكرة الذمة المـاليـة .

ونراعى فى شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بمقدمتهـا

الأولية القائمة على امكان قيام ذمــة لا تستند الى شخص من الأشخاص ، فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولهــا فى ظل القوانين الوضعيــة الحديثــة ــ ومن بينهــا القــانون المصرى ــ حيث أصبح من المسلــم وجــود أشخاص اعتبارية الى جنب الأشخاص الطبيعية، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى فى وجود هذه الأشخاص حقيقة واقعيــة لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظريــة على أســاس القول بانكار فكرة الشخصيــة الاعتباريــة ، وقدمت فكرة الذمة الماليــة القائمة على التخصيص بغرض معين كبديل عنهــا .

فالثابت اذن فى القانون الحديث اليوم أن الذمــة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو اعتبارياً . اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمــة ــ وهى مجموع من الحقوق والالتزامات الماليــة ــ خاصــة بشخص معين .

ولكن ليس يعنى ذلك رفض فكرة التخصيص فى ذاتها ، فسنرى من بعد أن هذه الفكرة صالحــة من وجوه معينة ولكن فى حدود ما قدمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . ففكرة التخصيص لا تصلح بمفردها ودون وجود شخص من الأشخاص لتكوين ذمة مالية مؤلفة من مجموعــة معينة من الحقوق والالتزامات أيا كان مبلغ ارتباطها من حيث التخصيص لنفس الغرض . أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص ، ولكنها صالحة ــ اذا وجدت ذمة لشخص معين ــ لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص «[١]» .

---

(١) انظر بصفة خاصة فى نقد نظرية التخصيص الرسالة القيمة سالفة الذكر للزميل الدكتور اسماعيل غانم ، فقرة ٥ .

وانظر كذلك فى الرد على دعوى وجود ذمم فى القــانون المصرى تقوم على التخصيص غير مستندة الى شخص ، تتمثل فى نظــام الوقف ومركز التركة قبل سداد الديون ، اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ ــ ١٠٧ .

وليس يعنى ذلك أيضـا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ، كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والتنازل عنها بين الأحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث فى أشخاص الورثة . فتلك نتائج سليمة ينبغى التسليم بها فى جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاج منطق نظرية التخصيص — غير المقبول — من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين .

والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافاً شديداً فى منطقها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها ، هو الذى دفع الى انكار تلك النتائج بخلع كل صفات الشخصية على الذمة .

ولئن كان ينبغى التسليم بوجوب استناد الذمة الى شخص . الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الأحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الأمر — كما انتهت النظرية التقليدية فعلا — الى اعتبار الذمة هى الشخصية نفسها فى مظهرها المالى أى هى صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المالية له أو عليه ، وهو لغو لا يمكن قبوله ، اذ ما دامت الذمة والشخصية شيئاً واحداً ، ففيم اذن كان اصطلاح «الذمة المالية» ، وما فائدته وليس له من مدلول جديد (١) ؟ .

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . واغفال هذه التفرقة ، هو الذى دفع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب فى العمل حقيقة أن لكل شخص ذمة ، لأنه

---

(١) انظر فى نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 23. — Ismaïl Ghanem : thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., No. 17.

يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق ماليـة ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص ، فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له . فاذا كان صحيحا اذن القول بأن لكل ذمة صاحبا أى شخصا تسند اليه ، فليس بصحيح اطلاق القول بأن لكل شخص ذمة حتما . اذ الشخصيــة ان كانت تفيد امكان وجود ذمة ، الا أنها لا تعنى بالضرورة وجود ذمة فعلا «١» .

والخلط بين الذمة والشخصيــة دفع بالنظريــة التقليدية كذلك الى القول بأن الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصــور أن توجد للشخص ذمم مالية متعددة . ومثل هذا القول ــ كما هو ظاهر ــ لا يستقيم الا مع مع مقدمــة غير مسلمة ، هى اندماج الذمــة فى الشخصيــة . ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقاً ما يمنع من تصور تعدد الذمة . وهنا نجد فائدة التخصيص ، اذ قد تتخصص مجموعــة معينــة من أموال الشخص بغرض معين فتنشأ منها ذمــة خاصــة الى جنب ما للشخص من ذمة عامــة .

وفى قواعد القانون المصرى أمثلة على تعدد الذمة المالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض مالهم من أموال«٢» .

فللقاصر أهليــة التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط (م ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المــال) . وكذلك فللقاصر البالغ السادســة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعمله من مال ، بشرط أن لا يتعــدى التزامه حدود هذا المال

---

(١) فى هذا المعنى :
Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) انظر
Ismail Ghanem, thèse précitée, Nos. 87-89.
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١١١ ــ ١١٣ . ــ شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ . ــ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١١٧ و ١١٨ .

(م ٦٣ من المرسوم بقانون سالف الذكر) • ففى هاتين الحالتين ، يكون للقاصر — فضلا عن ذمته المالية العامة — ذمة خاصـة متعلقـة بأموال معينـة لا يلتزم الا فى حدودها وحدها •

وكذلك فلمالك السفينة الحق فى تركها الى أصحاب الديون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هى وأجرتها دون غيرها من أمواله (م ٣٠ تجارى بحرى) • وبذلك تكـون السفينـة ذمة مالية خاصـة لمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتهـا وقيمة أجرتهـا ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة وأجرتهـا مما يدخل فى ذمته العامـة من أموال •

وأخيراً فللوارث فى مصر — كما سنرى — ذمتان : ذمته الخاصـة به ، وذمـة مورثه التى انتقلت اليه ، فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديون التركة من أمواله الخاصة به ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى •

بقى أن نراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث ، فاضطرت — فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة — الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث ، بحيث يكونان اما شخصاً واحداً حين يلتزم الوارث بكل ديون المـورث ، أو يكون الوراث شخصين : شخصاً هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به ، حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة • وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر •

والخلاصة مما تقدم وضوح جانب المغالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية «١» ونظرية التخصيص • فالأولى تسرف فى ربط الذمة بالشخصية حتى تدمجها فيها ادماجاً كليا بحيث لا تعود ترى فيها الا الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، فيتأدى بها منطقها الى خلع صفات الشخصية كلها على الذمة ، وهو ما يفضى الى نتائج غير مقبولة • والنظرية الثانية تسرف فى فصل الذمة عن الشخصية ، حتى لتسلم بوجود ذمة دون صاحب لها من الأشخاص مادامت توجد مجموعة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية تشترك فى التخصيص بنفس الغرض •

وقد رأينا أنه يجب التسليم بأن لكل ذمة صاحباً أى شخصاً تسند اليه ، وهذا هو قدر الحقيقة من نظرية الشخصية الذى غفلت عنه نظرية التخصيص • ولكن ليس يعنى ذلك اعطاء الذمة أية صفة من صفات الشخصية : فلا هى ثابتة حتما لكل شخص ، ولا هى ممتنعة على التصرف والتنازل والانتقال بين الأشخاص ، ولا هى واحدة للشخص غير متعددة أو متجزئة • فقد يعترف القانون للشخص — الى جانب ذمته العامة — بذمة خاصة اذا خصصت مجموعة من أمواله بغرض معين ، وهذا هو قدر الحقيقة من نظرية التخصيص •

ولكن ينبغى أن يراعى أن تجزئة الذمة أو تخصيصها لا يتأتى بارادة الأفراد وانما يقرره القانون • ومرد ذلك الى أن فى تخويل الأفراد سلطة تخصيص بعض أموالهم لأغراض معينة اخلالا بما يجب للمعاملات من ثقة وائتمان ، اذ التخصيص يحمل معنى الانتقاص مما للدائنين العاديين

---

(١) انظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية :
عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ — ٢٣١ . — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ — ١٢٧ . — عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٢ ، ١٧٤ .

من ضمان عام على الجانب الايجابى من ذمة المدين العامة «١» . فضلا عن أن فى تجزئة الذمة الى ذمم متعددة بتعدد الأغراض ما ييسر للمدين التوصل الى تحديد مسئوليته تحديداً كبيراً ، اذ — مع تفتت الضمان العام بتوزعه بين الذمم — تكاد تهبط قيمة الجانب الايجابى لكل ذمة بالقياس الى جانبها السلبى .

٢٦٥ — جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث فى مجموعه «٢» الى الابقاء على فكرة الذمة المالية مبرأة مما خلعته عليها النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل فى تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تفنى وتتلاشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغى أن لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها النظرية التقليدية أو نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية أن تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكرى لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خلط شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ،

---

(١) فى هذا المعنى :

Ismaïl Ghanem, thèse précitée, No. 93.

(٢) انظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, op. cit., Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De la Morandière, op. cit., No. 128. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 379. — Josserand, op. cit., No. 649. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., No. 15. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 2522.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠ .

ويكاد يلغى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ يقلب مدلولها من مجمـوع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى صـلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الماليـة . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعليـة واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحيـة التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعليـة ولا تتخلف بتخلفهـا .

فالذمة المالية اذن ينبغى أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة — ما دامت لم تخل من عناصر قط — رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العنـاصر من ذمة الشخص ، وقـد تدخل فيها بعض عناصر جديدة — اذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير دائم مستمر لا تثبت على حال واحدة — دون أن ينفى ذلك وجود وحدة دائمة تنتظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة اذن — وان كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها — لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة فى ذلك مثل الأمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر فى ذاتية أفرادها ، بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التى تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية فى ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الحقوق وتلك الالتزامات من تغير مستمر ، هى جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذى يعبر عنه عادة بأن للذمة — كوحدة — كياناً مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

٢٦٦ — اهمية الذمة الماليـة

تربط الذمة الماليـة على هذا النحو ، بين الجانب السلبى والجانب الايجابى فيها ربطاً محكماً وثيقاً تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحيـة ، يعتبر الجانب الايجابى مسئولا عن الجانب السلبى وضامناً له بحيث تكون

كل ديون الشخص مضمونة دائماً بكل حقوقه ، فيكون للدائنين اذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحيــة أخرى ، تنتقل الذمة بجانبيهــا الايجابى والسلبى الى الورثة كما تحدد مضمونهــا نهائياً عند الوفاة «١» . فنعرض فيما يلى بايجاز للضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

(ا) الضمان العام للدائنين : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتى للذمــة يجعل الجانب الايجابى فيها مسئولا عن الجانب السلبى دون تحديد لمفردات كل منهما أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجمــوع التزاماته ، بمعنى أن ضمــان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق المدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الايجابى من ذمــة المدين برمته باعتباره ذا كيان ذاتى مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته . ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عــام (droit de gage général) على جميع أموال المدين . وعلى ذلك تنص المــادة ١/٢٣٤ من التقنين المدنى المصرى بقولها « أموال المدين جميعهــا ضامنة للوفاء بديونه » .

---

(١) اذا كانت الذمة المالية بما تولده من تقابل بين مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية تتخذ ــ فى الفقه السائد ــ أساسا وتدبيرا لضمــان الدائنين العام ولانتقال حقوق المتوفى والتزاماته معا الى الورثة ، فثم محاولات حديثة من جانب بعض الفقهاء .(Ghanem, thèse précitée, Nos. 13 - 22
اسمــاعيــل غــانــم ، المــرجــع الســابق ، ص ١١٩ ــ ١٢٢) .
تنكر رغم ذلك الحاجة الى فكرة الذمــة الماليــة لهذا التبرير ، وتذهب الى امكان الاستغناء عنها ، باسناد الضمان العام للدائنين الى طبيعة الحق الشخصى (انظر فى هذا الاتجاه كذلك : Mevorach, article précité, pp. 815, 816, 822
ــ شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٥ ، ص ٧ ــ ٩ . ــ شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القــانون المــدنى الجديد ، الجزء الأول فى النظم القانونية للتأمينات العينية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٨ و ٩) ، وباسناد استخلاف الورثة على حقوق المتوفى والتزاماته الى مقتضيات الائتمان واعتبارات العــدل .
انظر فى مناقشــة هذا الاتجاه وفى الابقاء على فكرة الذمة المالية :
كتابنا فى الحقوق العينيــة الأصلية ، ص ٢٦ و ٢٧ و ٣٠ .

ويراعى أن المشرع المصرى قد أحسن التعبير عن فكرة الضمان العام على هذا النحو ، متفاديا ما يشيع لدى كثير من الفقهاء والكتاب من القول بأن الضمـان العام للدائنين يقع على ذمـة المدين ، وهو خطأ واضح . اذ كيف تعتبر ذمة المدين ضامنة لديونه ، والذمة هى مجموع الحقوق والديون معاً ؟ . انما تكون ديون المدين ـ وهى المكونة للجانب السلبى من ذمته ـ مضمونة بمجموع أمواله وحقوقه أى بالجانب الايجابى وحده من هذه الـذمـة .

ومثل هذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعـة الحقـوق الشخصيـة أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شىء أو عين معينة من أعيان المدين ، وانما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . فاذا لم يف المـدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم ـ باعتبارها داخلة فى الجانب السلبى من ذمة المدين ، وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب ايجابى ـ انما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمـان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك الى أمواله المستقبلـة .

غير أن هذا الضمان العام ـ ان كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده فى الأصل حرة التصرف فى أمواله باعتباره ضماناً لا يثقل أحد هذه الأموال بالذات وانما يرد عليهـا كمجموع ذاتى مستقل ـ الا أنه قد يضمر الخطر للدائنين من ناحتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الايجابى من ذمة المدين كوحدة ثابتة فى ذاتها ومتغيرة فى عناصرها ، فاذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة المدين ، فتنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحية ثانية ، يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال

المدين «[١]» ، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه . وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التزاحم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء الديون كاملة ، واقتسامهم لها فيما بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم «[٢]» .

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة : مادامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابى بالجانب السلبى ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لاينهار بوفاة الشخص ، بل يظل قائماً بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذى تحددت به مفرداتها نهائياً عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طروء أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصـــان .

وما دامت ذمـــة المورث ــ باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقـــة والتزاماته الماليـــة ــ تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فمقتضى ذلك القول اما باندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، واما بقيـــام ذمة المورث الى جنب ذمة الوارث بحيث تصبح للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الأصلية الخاصة به ، وذمة مورثه التى آلت اليه عن طريق الارث .

والقول باندماج ذمة المورث فى ذمة الوراث ، يجعل الوارث مسئولا عن ديون التركـــة لا فى أموالها فقط ولكن حتى فى أمواله الخاصة كذلك . وهذا هو النظـــام الأصلى المتبع فى القانون الفرنسى خاصـــة . وقد رأينا من قبل فســـاد تفسيره على النحو الافتـــراضى الذى تقول به النظريـــة التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث .

---

(١) وعلى ذلك تنص المـــادة ٢/٢٣٤ من التقنين المدنى بقولها « وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون » .

(٢) يمكن دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عينى تبعى للدائن على عين معينة بالذات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنهـــا بالأفضليـــة والأولوية على غيره من الدائنين العاديين .

وأما القول بوجود ذمتين مستقلتين للوارث : ذمته الأصليـة ، وذمة مورثه التى آلت اليه بالميراث ، فهو الذى يتفق فيما نرى مع قواعد القانون المصرى ــ المستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية ــ التى تحدد مسئولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها من أموال . وهو الذى يتفق كذلك مع ما يجيزه القانون الفرنسى للوارث من تحديد مسئوليته عن ديون مورثه فى حدود ما تركـه من أمـوال عن طريق « قبول التركة بخيار الجرد » (Sous bénéfice d'inventaire). ذلك أنه فى الحالين تعتبر ذمة المورث التى آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة قائمة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابى فيها الجانب السلبى كما تحددت مفردات كل منهما عند الوفاة، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع حقوقها وحده، فلا يكون الوارث مسئولا فى ذمته الأصليـة وأمواله الخاصـة عن وفـاء ديون الذمة الموروثة .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث فى القانون المصرى ، هو ــ فيما نرى ــ التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » ، التى تبنى عليها فى الشريعة الاسلامية أحكام الميراث . وهذا التفسير يفضل تفسيراً آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلاميـة وخاصـة فقهاء الحنفية «[1]» من اعتبار تركة المتوفى فى المدينة باقية حكما على ملكه تفريعـا على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضاً الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحت ، وهناك ما يغنى عنه من حقائق الواقع المتمثل فى وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلاله وكيانه الذاتى : المجموعـة الخاصة

---

(١) أنظر فى ذلك :
عمر عبد الله ، أحكام المواريث فى الشريعـة الاسلاميـة ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ ــ ٣٢ . ــ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، ج ٥ ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، نقرة ٩٤ و ٩٥ .

بالوارث أصلا ، والمجموعة الخاصة بالمورث التى آلت بوفاته الى الوارث »(١) .

---

(١) اذا كانت فكرة الذمة المالية ــ بما تولده من ترابط وتقابل لا ينهار بالوفاة بين جانبيها الايجابى والسلبى ــ هى اساس انتقال حقوق المتوفى والتزاماته معا الى ورثته كما راينا ، فمن الفقهاء من ينكر مع ذلك الحاجة فى القانون المصرى خاصة الى فكرة الذمة فى هذا الصدد . وذلك على اساس القول بأن التزامات المتوفى لا تنتقل فى القانون المصرى الى الورثة ، بل حقوق وحدها هى التى تنتقل اليهم ، وبذلك لا توجد ثمة ذمة تنتقل ، وانما كل ما فى الأمر ان الوارث يكسب هذه الحقوق عن طريق الميراث ، والميراث سبب من أسباب كسب الملكية (أنظر : شفيق شحاته ، المرجع السابق، فقرة ٥، ص ٩).

ولكن الواقع ان احكام التقنين المدنى الجديد فى تصفية التركات والقواعد العامة للقانون المصرى لا تستقيم الا مع القول بانتقال التزامات المتوفى وحقوقه على السواء الى الورثة (انظر فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ و ١٠٧ ؛ وكذلك دروسه فى الحقوق العينية الاصلية (على الآلة الكاتبة ، ١٩٥٤ ، ص ١٣٥ ــ ١٣٧) ؛ اى بانتقال ذمته برمتها اليهم كما تحددت عناصرها عند الوفاة . كل ما فى الأمر ان هذه الذمة فى انتقالها الى الورثة لا تختلط بذممهم الأصلية ، بل يظل لها كيانها المستقل ، بحيث تتحدد مسئوليتهم عن التزامات المورث بقدر ما ترك من حقوق .

الباب الأول

أركان الحق

٢٦٧ — تقسيم

قلنا ان الحق هو تلك الرابطة القانونية التى بمقتضاها يخول القانون لشخص ، على سبيل الانفراد والاستئثار ، التسلط على شيء أو اقتضاء عمل من شخص معين .

ومن هذا التعريف ، يظهر الركنان الأساسيان للحق : فمن ناحية ، يجب أن يوجد شخص يسند اليه الحق هو صاحبه . ومن ناحية أخرى ، يجب أن يوجد شيء أو عمل معين يقع عليه الحق هو محله .

ومن هنا ، نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول — فى صاحب الحق .

الفصل الثانى — فى محل الحق .

الفصل الاول

صــاحب الحــق

(Le sujet de droit) (١)

٢٦٨ ـ تمهيــد

قلنا ان الحق يستند الى شخص يكون صــاحبا له ، بحيث يستأثر وحده ـــ دون غيره من الأشخاص ـ بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات. ومن هنــا وجد الترادف فى الاصطــلاح القــانونى بين « صــاحب الحق » (Le sujet de droit) وبين « الشخص » (La personne) وأصــبحت

---

(١) يراعى ان هذا الاصطلاح الفرنسي انما يؤخذ عند كثير من الفقهــاء ، لا للدلالة على «صاحب الحق» فحسب ، وانما للدلالة كذلك على المحمل بالالتزام المقابل للحق . وواضح ما فى ذلك من خلط غير مرغوب فيــه ؛ ولهذا يضطر هؤلاء الفقهــاء الى التمييز بين طرفى العلاقة القانونية ، بتسمية صاحب الحق « الطرف أو الصاحب الايجابى » (le sujet actif) ، وتسمية المحمل بالالتزام « الطرف أو الصاحب السلبى » (le sujet passif) .

(انظر فى ذلك :

Roguin, La science Juridique pure, t. II, 1923, No. 620. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 66, 67, 77. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 354).

ولكن مثل هذه التفرقــة تفترض ضرورة قيام الرابطة القانونية بين طرفين من الأشخاص أحدهما يتحمل بالالتزام لصالح الآخر ، وهو ما سبق أن رفضناه لوجود روابط قانونية ـ هى روابط التسلط ـ لايوجد فيها الاصاحب الحق ومحله دون وجود طرف سلبى محمل بالتــزام بالمعنى الدقيق (انظر سابقــا ، ص ٥٦٢ ، ٥٦٣ و ٦١٤ ـ ٦١٨) . ولــذلك ينبغى قصر اصطلاح (le sujet de droit) على صاحب الحق وحده؛ وهو ما يبرر دعوة بعض الفقهــاء ـ توقيا لكل خلط ـ الى احلال اصطــلاح (Le titulaire de droit) محله (انظر : Minei, Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance, thèse, Paris, 1912, p. 312, cité par Ionescu, thèse précité, p. 115, note (1) .

أما المحمل بالالتزام ـ حيث يوجد التزام بالمعنى الدقيق وطرف محمل به كما فى روابط الاقتضــاء ـ فلا بأس من أن يطلق عليــه ، كمــا يقتــرح بعض الفقهــاء (Dabin, op. cit., p. 107) ، اصطلاح « le sujet d'obligation » .

الشخصية (La personnalité) لنسبة الى الحق هى علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين .

وينبغى ، فى التقديم لدراسة صاحب الحق ، أن نثبت أولا ضرورة استلزام وجوده كركن أساسى للحق ؛ وفى سبيل ذلك نرفض بعض النظريات الفقهية التى اما تنكر فكرته أساسا واما تكتفى بانكار الحاجة اليه فى بعض الأحوال . ثم نعرض بعد ذلك لتحديد صاحب الحق وتعيينه بأنه من يعتبر من الأشخاص فى نظر القانون ، سواء كانت شخصيته طبيعية أو معنوية . وعلى ضوء ذلك ، يرتسم لنا نهج البحث فى هذا الفصل .

٢٦٩ — الحق لايتصور دون صـاحب

اذا كان الفقه السائد مستقرا منذ قديم على ضرورة استلزام صاحب يسند اليه الحق ، فثم محاولات فقهية — رغم ذلك — يرفض بعضهـا مبدأ وجود « صاحب الحق » ، ويقتصر بعضها الآخر على الحد من اطلاق هذا المبدأ ومداه .

(ا) انكار وجود صاحب للحق من حيث المبدا : لايتصور انكار وجود صاحب للحق انكـارا مطلقـا من حيث المبـدأ الا متفـرعـا على انكار فكـرة الحق ؛ ولذلك كان من الطبيعى — و « ديجى » هو زعيم المنكرين لفكرة الحق على ما سبق من بيان «[1]» — أن يكون كذلك هو زعيم المنكرين من حيث المبدأ لوجود صاحب للحق «[2]» : فما دام ليس للحق عنده من وجود ، فبالتالى لا يوجد ثم صاحب لمثل هذا الحق المزعوم . واذا كان « ديجى » ينكر من حيث المبدأ وجود صاحب للحق ، فهو يستبقى — رغم ذلك — الاصطلاح الدال عادة عليه وهو (Le sujet de droit) ولكن ليصرفه الى معنى آخر يتفق مع نظرته الى البناء القانونى . فهو يصرف هذا الاصطلاح

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٣ .

(٢) راجع فى تفصيل هذا الانكار :

Duguit, op. cit., t. I, § 42 - § 48, pp. 451 - 533.

ـ مستفيدا من وحدة لفظ (le droit) الوارد به والدال على الحق والقانون فى اللغة الفرنسيـــة ، ومؤكدا مايراه من أن الحق ليس الا القانون نفسه فى تطبيقه على الأفراد المفيدين من حكمه «[١]» ـ لا الى من يكون صاحبا لحق مزعوم ولكن الى من يكون خاضعا لحكم القانون «[٢]» . فما دام لا وجود حقيقى عنده لغير القاعدة القانونية، فان المشكلة التى تثور حينئذ تكون هى مشكلة المخاطب بهــذه القاعدة والخاضع لحكمهــا لا مشكلــة الصــاحب لحق لا وجود له «[٣]» .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٥٤٤ و ٥٤٥ .

(٢) وزيادة فى تأكيد مدلول هذا الاصطلاح على هذا النحو ، يستعمل « ديجى » اصطلاح (le sujet de droit objectif) ، بما ينفى اى خلط بينه وبين « صــاحب الحق » الـذى يفضل تسميتـــه (le sujet de droit subjectif) .
(انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 42, p. 455) .

(٣) ووضع المشكلة هذا الوضع ، هو الذى يملى على « ديجى » منطقـــه فى تحديد شروط الخضـــوع للقاعدة القانونيـــة والصلاحية لخطابها ومدلول الشخصية بالتالى ، وهو الذى يبرر كذلك انكاره الشخصية على بعض المسلم لهم بها . ذلك أن مشكلة الشخصية تنحصر عنده فى مشكلة الخضوع للقانون ولذلك فحلها يجب أن يتحدد بالقابلية أو الصلاحية لهذا الخضـــوع . ولمـا كان القانون جملـــة من الأوامر والنواهى ، فلا يتصور أن يتوجه حكمه وخطابه الا الى كائنات ذات ارادة وبصيرة ، وهو مالايتوافر الا فى أفـــراد النـــاس ذوى الادراك ؛ ولذلك لا تثبت الشخصية الا للانسان ذى الارادة الواعية وحده . فيخرج عنده اذن من عداد الأشخاص ـ خلافا للسائد فى الفقه ـ عديم الارادة من الناس كالصغير غير المميز والمجنون ، وغير الانسان ـ من باب أولى ـ مما يطلق عليه اسم « الشخص المعنـــوى أو الاعتبـــارى » سواء كان جماعة من الأفـــراد كالجمعيـــات أو مجمـــوعـــة من الأمـــوال كالمؤسســـات . فكل هؤلاء ليســـوا أشخاصـــا ، لأنهم غير مخـــاطبين بحكم القـــانـــون لانعـــدام الارادة عنـــدهم وهى منـــاط مثل هذا الخطـــاب . واذا وجـــدت ثم قواعد قانونية تخصهم أو تمسهم ، فليس معنى ذلك أنها تتوجه اليهم بالخطاب أو تنظر اليهم على أنهم من الأشخاص ، وانما هى تخاطب آخرين من الأفراد ذوى الارادة والادراك والشخصية بالتالى سواء بوصفهم ممثلين لهم يكلفون برعاية مصالحهم أو بوصفهم غيرا يمتنع عليهم المساس بها .
(انظر فى تفصيل ذلك :
Duguit, op. cit., notamment, § 42, pp. 452 - 456; § 44;§ 46, pp. 498 - 510) .

واذا كنا قد ناقشنا منطق «ديجى» فى انكار وجود فكرة الحق وانتهينا الى رفضه على التفصيل السابق بيانه «١» ، فيتعين كذلك أن نرفض بالتالى انكاره لوجود « صاحب الحق » «٢» المؤسس على الانكار الأول ؛ فالحق موجود كما سبق ، ولا بد له من صاحب كما سنرى . وفضلا عن ذلك ، فانكاره لوجود الحق وصاحبه قد تأدى به الى نتائج غريبة لايمكن قبولها فى ظل القوانين الوضعية السائدة ، مثل انكار الشخصية المعنوية أو الاعتبارية أساسا وانكار الشخصية الطبيعية كذلك على عديمى الارادة من الناس «٣» .

(٢) محاولة الحد من مبدأ استلزام صاحب للحق : تزعم هذه المحاولة المعروفة بنظرية « الحق دون صاحب » (La théorie du droit sans sujet) — «برنز» (Brinz) من فقهاء الألمان «٤» . وأساس هذه المحاولة الاعتقاد فى أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية لاتعدو أن تكون محض افتراض وتحايل قانونى من الواجب الاستغناء عنه . ولا يجب أن تقف عقبة فى سبيل ذلك مشكلة صاحب الحق بما تستلزمه من وجود مثل هذه الشخصية لاسناد الحقوق اليها .

---

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٣٤ ، ص ٥٤٦ — ٥٥١ .

(٢) انظر كذلك فى مناقشة هذا الانكار ورفضه :

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. III, No. 224, pp. 216 - 227; t. IV, pp. 193 - 198. — Ionescu, thèse précitée, No. 70. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par L. Trotabas, 1932, t. I, Nos. 21, 22, pp. 47 - 52. — Dabin, op. cit., pp. 163, 164.

(٣) انظر هامش (٣) ، ص ٦٩١ .

(٤) انظر ، خاصة ، فى عرض هذه النظرية ونقدها :

Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théorie, 2e éd., 1922, pp. 477 - 484. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 628, 629. — Michoud, op. cit., t. I, No. 8, pp. 19, 20; Nos. 17, 19. — Gorovtseff, Études des principologie du droit, 2ème partie, Théorie du sujet de droit (extrait de la Revue trimestrielle de droit civil, 1926, 1927), pp. 38 - 44. — Ionescu, thèse précitée, No. 71, pp. 117 - 119. — Dabin, op. cit., p. 106, note (5), pp. 159 et s. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 140.

فاصطناع أشخاص وهمية ـ كالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ـ واسناد الحقوق اليها ـ ليس الا وسيلة لتحقيق الغرض أو الهدف من رصد مجموعة من الأموال كما فى صورة المؤسسة أو من تجمع جماعة من الأفراد كما فى صورة الجمعية . واذا كان الأصل هو اسناد الحقوق الى شخص طبيعى باعتباره صاحبا لها ، فلما ينطوى عليه ذلك من تحقيق غرض أو هدف متعلق به . ولذلك اذا لم يوجد شخص طبيعى ، ولكن وجد هدف أو غرض جدير بالرعاية والتحقيق ، فيكفى وجود هذا الغرض لامكان قيام حقوق ترتكز عليه هى تلك اللازمة لادراكه وتحقيقه ، دون حاجة الى نسبتها الى صاحب معين واصطناع شخص وهمى يكون هو هذا الصاحب .

وعلى أساس امكان وجود حقوق (والتزامات) لاتستند الى صاحب من الأشخاص اكتفاء باسنادها الى غرض معين ، تأدت هذه النظرية الى ما سبق أن رأيناه من دعوة الى الاستغناء عن اسناد الذمة المالية ـ وهى مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية ـ الى شخص يكون صاحبا لها ، اكتفاء باسنادها الى الغرض الذى تتخصص به وتتركز حوله هذه المجموعة من الحقوق والالتزامات «[١]» . وبذلك فرعت هذه النظرية على القول بوجود حق دون صاحب له ـ فى صورة الحقوق التى تنسب الى الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية خاصة ـ القول كذلك بوجود ذمة مالية دون صاحب ، طالما هناك غرض يرتكز عليه الحق أو الذمة . ولهذا كما عرفت هذه النظرية بنظرية « الحق دون صاحب » ، عرفت كذلك بنظرية «ذمة التخصيص أو الغرض» (La théorie du patrimoine d'affectation ou à but).

واذا كانت هذه النظرية تصل الى الاستغناء عن وجود صاحب للحق على هذا النحو ، فهى على أى حال لاتنكر ـ كما يفعل « ديجى » ـ ضرورة وجود صاحب للحق من حيث المبدأ ، وانما تكتفى بالحد من مدى

---

(١) راجع فى نظرية التخصيص فى الذمة المالية ، سابقا ، فقرة ٢٦٣ .

هذا المبدأ واطلاقه بادعاء امكان وجود بعض حقوق لاتحتاج الى صاحب«[١]» .
ولكنها ـ بهذا الانكار النسبى لصاحب الحق ـ تفتقد ما يتوافر لانكار «ديجى» المطلق له من استقامة المنطق؛ فديجى منطقى مع نفسه حين ينكر مبدأ وجود صاحب الحق مادام ينكر مبدأ وجود الحق نفسه ؛ أما التسليم بوجود الحق ثم الادعاء ـ كما تفعل هذه النظرية ـ بامكان قيامه دون صاحب ، فمنطق يعتوره الخلل «[٢]» لتهاتر مقدمته ونتيجته «[٣]» ، حتى لو كان هذا الادعاء محصورا فى نطاق محدود من الحقوق .

واختلال منطق هذه النظرية على هذا النحو لايقتصر على هذا الوجه ، بل هو ماثل كذلك فيما تستتبعه من الاندفاع فى طريق التحايل والافتراض الذى ما قامت الا لمحاربته . فقد استهدفت أساسا انكار فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها فكرة صناعية افتراضية ، ولكنها باسنادها الحق الى الهدف أو الغرض دون الشخص المعنوى او الاعتبارى مع تسليمها بمبدأ وجود صاحب للحق ، تكون قد اعتبرت الهدف أو الغرض ـ

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 19, p. 43. — Ionescu, thèse précitée, No. 71, p. 117. — Dabin, op. cit., p. 106, note (5)

(٢) ولذلك يدافع « ديجى » عن صاحب هذه النظرية بقوله ان من المستحيل أن يكون « بزنر » قد اراد الادعاء بوجود حقوق دون صاحب ، وانما كل ما أراده ـ فى الحالات التى لايوجد فيها صاحب ـ هو انكار وجود الحق نفسه (انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 45, p. 496) .

(٣) وهذا ماحدا ببعض الفقهاء الى اتهامهم هذه النظرية بقيامها على الافتراض . انظر فى ذلك ، خاصة ، قول « ميشو » :

« Gardant ce point de départ (que l'homme seul est une personne réelle), et supprimant la fiction, il ne leur restait plus aucun point d'appui pour les droits dont il s'agit; ils en étaient réduits à les laisser en quelque sorte en l'air, et à s'écarter de cett idée fondamentale qu'un droit ne se conçoit pas comme existant sans un sujet auquel il appartienne... Au fond, (cette conception) ne diffère pas essentiellement du système de la fiction » (Michoud, op. cit., t. I, No. 8, p. 20).

وانظر كذلك ، من وجوه أخرى ، فى اتهام هذه النظرية بقيامها على الافتراض :
Saleilles, op. cit., pp. 481, 482. — Gorovtseff, op. cit., p. 39.

فى الواقع — هو صاحب الحق فى هذه الصورة وساوت بينه وبين الشخص الطبيعى الذى تعتبره الشخص الحقيقى والصاحب الوحيد للحق ؛ فكأنها تنجو من افتراض تدعيه الى افتراض آخر تقع فيه «١» .

واذا كانت هذه النظرية تجعل نقطة ارتكاز الحق — فى صورة الشخص المعنوى أو الاعتبارى — هى الهدف أو الغرض دون هذا الشخص الذى تستبعده لوهميته ، ولا ترى غرابة فى ذلك باعتبار أن الغرض — حتى فى صورة اسناد الحق الى شخص طبيعى يكون صاحبا له — يظل هو نقطة الاسناد والارتكاز الحقيقى له رغم استتاره وراء هذا الشخص ، فمعنى ذلك — اذا أطلق هذا المنطق — وجوب الاستغناء حتى عن الشخص الطبيعى كصاحب للحق والاكتفاء باسناده كذلك الى الغرض أو الهدف من نسبته اليه ؛ وهذا مالاتفعله هذه النظرية مما يثير الشك — فيما تدعيه — من صلاحية الغرض بمفرده أساسا لارتكاز الحق . فضلا عن أن ادعاء اعتبار الغرض هو الأساس الحقيقى لارتكاز الحق، يعنى العود الى مشكلة صاحبه من جديد ، اذ يثور التساؤل حينئذ عمن يسند اليه هذا الغرض أو عمن يعتبر صاحبه ، وهو تساؤل — ان وجد جوابه فى صورة الشخص الطبيعى بنسبة الغرض اليه — يظل دون جواب فى صورة الشخص المعنوى أو الاعتبارى طالما ينظر اليه كشخص وهمى ؛ ومعنى ذلك تصور وجود غرض دون صاحب يدعيه وينسب اليه، وهو تصور بادى الاستحالة «٢» لايلبث أن يكشف كذلك عن استحالة التصور الأول الذى تقول به هذه النظرية من امكان قيام حق دون صاحب .

ومنطق اعتبار الغرض هو الأساس الحقيقى لارتكاز الحق ، يقود كذلك الى القول بامكان كفاية وجود مثل هذا الغرض لقيام حق من الحقوق ولو كان هذا الغرض متعلقا بحيوان أو جماد ، وهو

---

(١) فى هذا المعنى : Michoud, op. cit., t. I, p. 44, note (1).

(٢) فى هذا المعنى : Gorovtseff, op. cit., pp. 42, 43.

ما يستتبع حتما الادعاء بامكان اعتبار الحيوان أو الجماد صاحبا للحق أو شخصا بالتـالى (اذ صاحب الحق ليس الا شخصا كما سنرى) • وواضح أن هذه النتيجة التى ينتهى اليها فعلا بعض الفقهاء «[1]» — والتى تستمد أصولهـا من فكرة الهـدف أو الغرض كمركز للحق — ليست بالنتيجـة المعقولة لما تشيعه من خلط غير مقبول فى المنطق القانونى بين الشخص بوصفه صاحب الحق وبين الشىء بوصفه محل الحق •

ويبقى بعد ذلك أن هذه النظرية بقيامها على أساس اعتبار الشخص الطبيعى وحده هو الشخص الحقيقى الوحيد واعتبار الشخص المعنوى أو الاعتبارى بالتالى شخصا وهميا افتراضيا ، انما تقوم — كما سنرى — على أساس غير سليم سواء من ناحية التأصيل النظرى أو القانون الوضعى ؛ فالشخصيـة المعنوية أو الاعتباريـة تعبر عن حقيقة واقعية لا عن فكرة افتراضيـة ، والقانون الوضعى حين يقررهـا على هذا الأسـاس لايدع سبيلا لجحدها أو انكارهـا •

وعلى هذا النحو ، يتكشف وهن الأسـاس الذى تقوم عليه هذه النظرية، واختلال منطق تركيبها، وشذوذ وخطورة النتائج التى تنتهى اليها•

واذا كنا نرفض هذه النظريـة رغم نسبيـة انكارها لاستلزام وجود صاحب للحق ، ونرفض من باب أولى انكار « ديجى » المطلق لمبدئه، فمعنى ذلك سلامة مبدأ وجود صاحب للحق من الناحية السلبية على الأقل • ولكن هذا المبدأ سليم كذلك من الناحية الايجابية • ذلك أن مجرد التسليم بوجود الحق — والتسليم بوجوده واجب على ما سبق البيان «[2]» — ، يحتم حينئذ — حتى باعتراف منكريه «[3]» — ضرورة وجود صاحب له يكون نقطة

(١) انظر فى ذلك خاصة :
Bekker, cité par Michoud, op. cit., t. I, No. 18, p. 41. — Demogue, La notion de sujet de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, notamment, pp. 631 - 638.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٤ .

(٣) Duguit, op. cit., t. I, § 45, p. 496

ارتكازه وأصل انتسابه . فالحق فى جوهره رابطة قانونية تستلزم — على الأقل — وجود طرف من الأشخاص يكون هو صاحب الاستئثار بما تخول هذه الرابطة من قدرة تسلط أو اقتضاء . واعتبار « صاحب الحق » لازما على هذا النحو كركن أساسى للحق ، يجعله مثله حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية «١» لا — كما يرى بعض الفقهاء «٢» — مجرد أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية .

٢٧٠ — صاحب الحق هو الشخص

اذا كان الحق — كما رأينا — لا يتصور دون صاحب يسند اليه ، فمن المسلم تحديد « صاحب الحق » بأنه « الشخص » ، بحيث بات مترادفا فى الفقه التعبير بهذا الاصطلاح أو ذاك واسناد الحق الى « الصاحب » او «الشخص» على السواء . غير أنه ينبغى مراعاه أن الشخص اذا كان يعبر — بالنسبة الى الحق — عن صاحبه ، فهو كذلك يعبر عن الصاحب بالنسبة الى الالتزام ؛ فالالتزام — كالحق — يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

من أجل ذلك ، نحتاج — للتعرف على صاحب الحق وتعيينه — الى تحديد المقصود باصطلاح « الشخص » أو « الشخصية » . وفى هذا الصدد ، ينبغى توقى الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس من ناحية ، وبين مدلوله فى نظر القانون من ناحية أخرى «٣» ؛ فالخلط بين المدلولين كان من الأسباب الرئيسية الكامنة وراء

---

(١) فى هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 74. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 377. — Dabin, op. cit., p. 114.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٥٥١ .

(٢) Demogue, article précitée, pp. 637 et s. — Gény, op. cit., t. III, No. 224, pp. 218 et s.

(٣) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglade, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

ما أحاط مشكلة الشخصية فى الفقه من مشاكل وتعقيدات كثيرة وخاصة من شأن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

فالشخص فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس هو الانسان وحده ، لأن الشخصية ـ فى هذا النظر ـ انما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية الواعية العاقلة ـ سواء كانت متحققة أو متخلفة فى الواقع ـ ما يجعل له غاية خاصة به «١» ، وهى صفة لاتتوافر الا للفرد الانسانى دون غيره من الكائنات الأرضية . وليس الحال كذلك فى نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح «الشخص» أو «الشخصية» مدلولا آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الانسانية . فقد يخرج القانون من عداد الأشخاص بعض بنى الانسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الانسان . وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن له شخصية فى نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعا . واذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية ثابتة لكل الناس على السواء ، الا أنها ليست قاصرة عليهم ، بل هى ثابتة كذلك لغير الانسان ؛ فثم جماعات من الأفراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الأموال كالأوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصا فى نظر القانون .

فمدلول الشخصية اذن فى نظر القانون لايطابق تماما مدلولها فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، ولايفترض بالتالى حتما توافر الصفة الانسانية ، ولكنه أوسع من ذلك مدى ونطاقا . فالشخصية عند القانون تفيد مجرد الصلاحية لدى كائن ما لوجوب الحقوق له أو عليه ، بحيث يتحدد الشخص حينئذ بأنه من يمكن نسبة الحقوق والالتزامات اليه ، سواء كان من أفراد الناس أو من غيرهم . ولكن تعريف الشخص ـ فى هذا النظر ـ بأنه من يمكن نسبة الحقوق والالتزامات اليه ، أو من يعتبر

---

(١) انظر فى ذلك :
Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e éd., 1951, Personne, p. 759. — Réglade, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.

صالحا ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات ، لايقدم كثيرا من شأن تحديد صاحب الحق ، اذ يبقى تحديد مدلول ومعيار مثل هذه الصلاحية •

وفى هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : يتطرف أحدهما فى تضييق مدلول هذه الصلاحية ، ويتطرف الآخر فى توسعته • وأمام هذا التطرف ، سوف نجد المدلول الصحيح لهذه الصلاحية وسطا بين الاتجاهين•

أما **الاتجاه الأول** وهو **اتجاه تضييق مدلول الشخصية** ، فيقوم على أساس اعتبار الارادة العاقلة الواعية هى مناط الشخصية «١» • وعلى هذا النحو ، ينكمش مدلول الشخصية فى القانون حتى عن مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس • فرغم اتفاق المدلولين فى قصر الشخصية على الانسان وحده دون غيره من الكائنات ، الا أن المدلول الثانى يقنع بتوافر صفة الانسانية وحدها ، بينما يتطلب المدلول الأول — فضلا عن صفة الانسانية — ارادة عاقلة واعية • ولذلك اذا كان كل انسان شخصا فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، فلا يعتبر من الناس شخصا فى نظر القانون — عند هذا الاتجاه — الا من يتمتع بوعى وعقل وارادة ؛ وهو ما يؤدى الى اعتبار المجنون أو الصغير غير المميز من الأشخاص فى النظر الأول ، وانكار الشخصية عليه فى النظر الثانى «٢» أو على الأقل اعتبار شخصيته افتراضية لاحقيقية «٣» •

وأما **الاتجاه الثانى** وهو **اتجاه توسعة مدلول الشخصية** ، فيقوم على أساس رفض مايذهب اليه الاتجاه الأول من جعل الارادة مناط الشخصية ،

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, § 42 - § 48, pp. 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 647 - 692, pp. 313 - 356.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, § 44, pp. 469 - 481

(٣) Roguin, op. cit., t. II, Nos. 684 - 691, pp. 347 - 354.

ولكن اذا كان هذا الفقيه يعتبر شخصية المجنون والصغير شخصية افتراضية ، فهو يرى — رغم ذلك — الابقاء عليها نظرا لما تحققه من فوائد كثيرة (انظر خاصة : Roguin, No. 691, pp. 352 - 354) .

فان اشتراط الارادة اذا كان لازما أحيانا فى صدد مباشرة الحق والتصرف فيــه (l'exercice ou la disposiiton) ، فهو غير لازم فى صــدد التمتــع به (la jouissance) . فالحقوق انما توجــد لتمكين التمتع ببعض المزايا والمصــالح ؛ وليس ثم ما يحتم قصر ذلك على ما يتعلق بالانسان وحده ، فالتمتع بالمزايا والمصالح متصور كذلك من جانب الحيوان والجمــاد اذا حصل تصرف لصالحهما . وحينئذ ليس ثم ما يمنع من القول بأن الحيوان أو الجماد المتصرف لصالحه يعتبر صاحب حق مادام هو المتمتع بفــوائده ومزاياه ، وهو مايكفى لجعله كذلك شخصا فى نظر القانون . وعلى هذا النحو ، لايتحدد مناط الشخصية بصفة الانسانية ولا بالارادة الواعية ، وانما يتحدد بالمصلحة المقصودة من الحق ؛ فيكون الشخص اذن هو المتمتع بهذه المصلحة ، سواء كان انسانا أو حيوانا أو جمادا . وواضح أن هذا المدلول للشخصية أوسع من مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، لأنه يبسطها حتى على الأشياء الحية وغير الحية دون قصرها على الانسان. ولايرى هذا الاتجاه غرابة أو شذوذا فى توسعة مدلول الشخصية على هذا النحو، مادامت الشخصية أداة من أدوات الصياغة يسخرها القانون لتحقيق أغراضه ، ومنها حماية المصالح على اختلاف أنواعهــا وتمكين أصحابها ــ أيا كانوا ــ من التمتع بها عن طريق وضعهم على رأس الحقوق التى تمثلها ؛ بل ان استخدام الشخصية على هذا النحو الواسع أفضل واقعية من الطرق الملتوية التى يصطنعهــا الفقه عادة ــ فى صورة التصرف لصالح حيوان أو جماد ــ وينسب بمقتضاها الحق الى الانسان المكلف برعاية هذا الصالح ، مع شغل هذا الحق وتثقيله بعبء يكاد يستغرقه هو التخصيص لخدمة هذا الصــالح »[1] .

(١) انظر فى تفصيل هذا الاتجاه والدفاع عنه :
Demogue, article précité, notamment, pp. 631 - 645.

وقرب من هذا الاتجاه نظرية (Bekker) فى التفرقة بين « التصرف » و « التمتع » (أنظر : Michoud, op. cit., t. I, No. 18) ، ونظريــة (Brinz) فى « الحــق دون صــاحب » (انظر : Michoud, op. cit., t. I, No. 17, 19 وسابقا ص ٦٩٢ ومابعدها) .

وقبل أن نعرض لقيمــة هذين الاتجاهين ومدى توفيقهمـا فى تحديد مدلول الشخصية ، نستبعد بداءة اقامة الاتجاه الأول ــ عند بعض دعاته مثل « ديجى » ــ على أساس خاص هو انكار وجود الحق ووجود صاحب له ، وحصر مشكلة الشخصية بذلك فى مشكلة المخاطب بحكم القانون ، وحلها بجعل الارادة العاقلة هى مناطها ادعاء بما ينبغى أن يتطلبه القانون ــ وهو أمر أو نهى ــ من وعى وعقل فى المخاطب به «[1]» ؛ مادمنا قد رفضنا انكاره لمبدأ وجود الحق وصاحبه «[2]» • بل ان اناطة الشخصية بالارادة على هذا النحو ، مرفوض كذلك حتى لوسلمنا بانكار وجود الحق وصاحبه• فليس معنى اعتبار الشخص هو المخاطب بحكم القانون ، وجوب توافر ارادة عاقلة عنده ؛ اذ القانون ــ كما يخاطب ذوى الارادة من الأفراد ــ يخاطب عديميها كذلك فى كثير من الأحــوال التى لاتتعلق بسلــوك ارادى من جانبهم «[3]» ، كما يفعل حين يجــوز الزام الصغير غير المميز الــواقع منه الضرر بتعويض عادل ، اذا لم يوجد مسئول عنه أو تعذر الحصــول على تعويض من المسئول (م ١٦٤/٢ مدنى)،وحين يلزم كل شخص ــ ولو كان غير مميز ــ يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر بتعويض المفتقر فى حدود ما أثرى به (م ١٧٩ مدنى) •

واذا استبعدنا هذا الأساس الخاص للاتجاه الأول المضيق لمــدلول الشخصية ، تبقى مناقشــة أساسه العادى عند باقى دعاته فى حدود الفقه السائد من التسليم بوجود الحق وصاحبــه • وينبغى فى مناقشــة هذا الاتجاه ــ فى هذه الحدود ــ الربط بينه وبين الاتجاه الآخر الموسع لمدلول الشخصية • فاختلاف الاتجاهين ــ فى الواقع ــ ليس الاصدى للاختلاف الفقهى فى تعريف الحق وتحديد جوهره ؛ اذ يقوم الاتجاه الأول ــ المضيق

---

(١) انظر سابقا ، ص ٦٩١ هامش (٣) •
(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٤ ، و ص ٦٩٢ •
(٣) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. IV, p. 188. — Dabin, op. cit., pp. 117, 118

للشخصية باناطتهـا بالارادة ـ على أساس تصور الحق قدرة ارادية «١» ، بينما يقوم الاتجاه الثانى ـ الموسع للشخصية باناطتها بالتمتع ـ على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون . ولذلك فقبول أى من الاتجاهين يقتضى التسليم أولا بما يقوم عليه من تصوير معين للحق ، وقد سبق لنا مناقشة ورفض اعتبار جوهر الحق قدرة ارادية أو اعتباره مصلحـة يحميها القانون على السواء «٢»، مما يوجب بالتالى رفض ما يجره ذلك من اناطة الشخصية بالارادة أو بالتمتع . فضلا عن أن النتائج المتفرعة عن كل من هذين الاتجاهين نتائج شاذة غير مستقيمة لا فى حكم المنطق ولا فى حكم القانون الوضعى .

ففيما يتعلق بالاتجاه الأول ، يلزم ـ نتيجة اناطة الشخصية بالارادة فيه ـ اعتبار ما يتعلق بعديمى الارادة ـ كالمجنون والصغير غير المميز ـ من حقوق غير منسوب اليهم وانما الى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء أو قوام ، وهو مايتعارض مع حكم مختلف القوانين الوضعيـة فى القديم والحديث ، ومع مايفرضه المنطق من وظيفة معينة لهؤلاء الأولياء هى النيابة عن المجنون أو الصغير فى رعاية مصالحه بمباشرة حقوقه لا اهدارها بنسبتها وادعائها لأنفسهم ، وفى أداء التزاماته من أمواله الخاصـة لاتحميلهم هم بأدائها من أموالهم . وشذوذ هذه النتيجة ، هو الذى حدا بأنصار هذا الاتجاه الى محاولة تفاديها ـ رغم لزومهـا لتعريفهم للحق ـ بحجج واهية غير مقبولة ، تزيد فى تأكيد عدم دقة ما يدعون من اعتبار الارادة جوهر

(١) وكذلك فاذا كان « ديجى » يحصر الشخصية فى مشكلة الخطاب بحكم القانون ويحلها باناطتها بالارادة ، فهو ـ على سبيل الاحتياط ـ يؤكد نفس الحل حتى لو تغير وجه المشكلة بافتراض وجود الحق وصاحبه ، لأن الحق عنده ـ بفرض وجوده ـ لايمكن أن يكون الا قدرة ارادية ، ومثل هذه القدرة لاتتوافر الا للانسان ذى الارادة الواعية ، ولذلك ، فكما لايعتبر المجنون او الصغير المميز شخصا مخاطبا بحكم القانون لا يعتبر كذلك شخصا صاحب حق حتى بفرض التسليم بمبدأ وجود الحق (انظر :
Duguit, op. cit., t. I, § 44, p. 481; Leçons de droit public général, pp. 98, 99).

(٢) راجع سابقا ، ص ٥٥٣ ـ ٥٥٥ و ٥٥٧ .

الحق ومناط الشخصية ، كالقول بأن الارادة المقصودة هى ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق «١» ، أو بأن للمجنون أو الصغير غير المميز ارادة ممكنة بحسب الأصل أو فى دور التكوين «٢» رغم أن المجنون قد يكون مقطوعا باستحالة برئه «٣» . وكذلك يجر اعتبار الارادة جوهر الحق ومناط الشخصية عند هذا الاتجاه الى ايجاد نوع من التدرج فى الحق والشخصية يتمشى مع التدرج فى قدر توافر الارادة عند الانسان ، بحيث تكون شخصية ناقصى الارادة غير كاملة وحقوقهم ناقصة بالنسبة لكاملى الارادة . وتلك نتيجة غير منطقية مردها الخلط الشائع عند هذا الاتجاه بين وجود الحق والشخصية من ناحية وبين استعمال الحق ونشاط الشخصية من ناحية أخرى . فانه اذا أمكن تصور النسبية فى شأن القدرة على هذا الاستعمال أو النشاط والقول بتراوحها بين الاكتمال والنقصان تبعا لاختلاف درجة الارادة ، فهى غير متصورة فى شأن الوجود لأن الحق والشخصية اما موجودان أو منعدمان ولا محل لوضع وسط بين الوجود والعدم هو الوجود الناقص «٤»؛ فلناقصى الارادة من الأفراد — ككامليها — شخصية وحقوق واحدة وكاملة «٥» .

وأما فيما يتعلق بالاتجاه الثانى ، فقد رأينا — من نتائج اناطته الشخصية بالتمتع — امكان احتساب الحيوان والجماد من الأشخاص أصحاب الحقوق . واذا كان مثل هذا الاتجاه يرد فى أصله الى تصوير الحق

---

(١) Roguin, La règle de droit, p. 85, cité par Roguin, op. cit., t. II, No. 679.
وانظر كذلك سابقا ، هامش (١) ص ٥٥٤ .

(٢) فى هذا المعنى :
Saleilles, op. cit., pp. 582, 602, 603. — De La Pradelle, cité par Michoud, op. cit., p. 103.

(٣) انظر كذلك فى انتقاد هذا القول :
Roguin, op. cit., t. II, Nos. 681, 684. — Michoud, op. cit., t. I, No. 46. — Duguit, op. cit., t. I, § 44, pp. 478, 479. — Dabin, op. cit., note (3), p. 118.

(٤) Saleilles, op. cit., pp. 488, 489

(٥) Dabin, op. cit., p. 119

بأنه مصلحـــة يحميها القانون وتوجه اليه نفس الانتقادات الموجهـــة الى هذا التصوير «١» ، الا أن من الواضح ـ وغاية القانون هى حماية المصالح الانسانية بطريق مباشر أو غير مباشر، وحتى بافتراض التسليم بهذا التصوير للحق «٢» ـ أن المصلحة المقصودة يجب أن تكون مصلحة انسانية لا مصلحة حيوانية أو شيئية ، اذ الصفة الانسانيـــة وحدهـــا هى التى تسبغ على المصلحة قيمة معينة تبرر حماية القانون لها فى ذاتها وتمثيلها ـ فى سبيل ذلك ـ بحق من الحقوق . واذا كان القانون فى بعض قواعده يبدو باسطا حمايته على الحيوان أو الجماد بتحريم ايذائه أو العبث به ، فليس الحيوان أو الجماد هو المقصود لذاته أساسا بالحماية حتى يقال انه شخص صاحب حق ، وانما المقصود بذلك دائما حماية مصلحة انسانية بحتة ، اذ القانون لا يهتم بالحيوان أو الجماد الا بقدر منفعته للناس واعتباره محلا لمصالحهم وحقوقهم «٣» .

وهذا يكشف عما تشيعه توسعـــة مدلول الشخصية عند هذا الاتجاه على هذا النحو من خلط معيب بين الصاحب الذى تنسب اليه سلطـــات الحق وبين المحل الذى تنصب عليه سلطاته ، رغم أن التمييز بينهما واجب محتوم . فالأشياء ـ كالحيـــوان أو الجمـــاد ـ ليست صالحـــة بحسب طبيعتها الا لتكون محلا للحق لا صاحبة له ، ولذلك يكون وصف هذا

---

(١) أنظر ، بصفة خاصة ، فى هذه الانتقادات
Dabin, op. cit., pp. 68 - 72.
وانظر كذلك سابقا ، ص ٥٥٧ .

(٢) اذا كان منطق هذا التصوير يؤدى الى اعتبار المتمتع بفوائد الحق هو صاحبه ، فان ذلك ليس صحيحا على اطلاقه ، اذ ثم حقوق يكون المتمتع بها غير صاحبها أو يكون صاحبها غير متمتع بها مثل « ملكيـــة التخصيص لصالح الغير » (propriété d'affectation au profit d'autruit) ؛ ولذلك ليس من دليل قاطع ، يؤخذ من تمتع الحيوان أو الجماد بفـــوائد حق من الحقـــوق ، على أنه حتما صاحبه .
(أنظر فى ذلك : Dabin, op. cit., pp. 71 et 114) .

(٣) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 48 bis, p. 110. — Dabin, op. cit., pp. 112, 113. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 381.

الاتجاه لها بوصف الأشخاص واعتبارها من أصحاب الحقوق بالتالى افتراضا مخالفا للطبيعة والمعقول • فالأشياء مسخرة — بحسب طبيعتها — لخدمة الانسان وتمتعه ، ولذلك كانت محلا لتسلطه وسيطرته أى محلا لحقوقه ، فلا يتصور أن تكون هى بذاتها صاحبة للحقوق ينسب اليها اقتضاء عمل من انسان وهى خاضعة له أو التسلط على شيء آخر وهى فى طبيعتها مساوية له • فضلا عن أن هذا الخلط — بما يؤدى اليه من اعطاء الأشياء وصف الأشخاص — لا طائلة من ورائه ، اذ لاجدوى من الاعتراف للحيوان أو الجماد بشخصية وحقوق، اذا كان هو نفسه يظل خاضعا للأفراد ومحلا لحقوقهم، بحيث يكون الأفراد فى النهاية هم أصحابه وأصحاب حقوقه على السواء ! • • • واذا كان رفض اثبات الشخصية للحيوان أو الجماد واجبا على هذا النحو وفق ماتمليه الطبيعة والمنطق ، فهو واجب كذلك فى حكم القوانين الوضعية التى تفرض مبدأ التمييز بين الأشخاص والأشياء وتعتبر الأخيرة دائما محلا لاصاحبا للحقوق »[1] •

---

(١) انظر فى نفى شخصية الحيوان أو الجماد بصفة عامة ، وفى نقد ادعائها له بصفة خاصة :

Saleilles, op. cit., pp. 600 - 608. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 660 - 676, pp. 330 - 341. — Michoud, op. cit., t. I, No. 48 bis, pp. 109, 110. — Gorovtseff, op. cit., pp. 49 - 55. — Ionescu, thèse précitée, No. 72. — Dabin, op. cit., pp. 112 - 115. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 7. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 141. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 381.

وانظر ، مع ذلك ، فى اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية حول شخصية الحيوان او أهليته : احمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ وما بعدها ، حيث يذكر أن أبا حنيفة وابن رشد من المالكية قد ذهبا الى « أن غير الانسان من سائر أنواع الحيوان ، كما أنه ليس عليها واجبات تلزم بها قضاء ، كذلك ليس لها حقوق يطالب بها قضاء، فهى ليست ذات أهلية للايجاب والاستيجاب، ولكن يجب الاحسان اليها فى المعاملة ديانة .... ولكن ذهب جمهور علماء الشريعة الى أن مالك الحيوان اذا امتنع من الانفاق عليه أو أساء اليه فى المعاملة رفعت الدعوى حسبة ، فيأمره القاضى بكف الأذى عنه والانفاق عليه أو تركه يرعى، أو يبيعه أو يسيبه فى مكان آمن يجد فيه رزقه، فان لم يفعل باعه عليه=

ورفض الاتجاهين المتقدمين على هذا النحو ، يوجب الاتجاه وجهة أخرى لاتبلغ مبلغهما من التطرف فى قصر الشخصية على ذوى الارادة من الأفراد أو بسطها حتى على الأشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير المميز والمجنون من الأشخاص واستبعاد الأشياء من عداد الأشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والانسان والعودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الأخلاقية ؛ فللقانون غاية معينة تملى عليه مدلولا معينا للشخصية مختلفا عن مدلولها الفلسفى أو الأخلاقى أو النفسى . ذلك أن القانون يستهدف اقامة نظام اجتماعى عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتمكين الكائنات المتميزة التى تمثل — بالنظر الى هذا الهدف — قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق . وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التى تثبت صلاحية لدى الكائن فى أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزا لها ، أمر لايتحكم فيه القانون الوضعى وانما تمليه عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية.

واذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائنا متميزا له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر أو تخلف الوعى والادراك عنده ، لأن الانسان هو حجر الأساس فى النظام الاجتماعى وصالحه يظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ؛ فان هذه الحقائق كذلك تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ؛ بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد . فمثل هذه الكائنات الجماعية — على هذا النحو من التنظيم الذى يجعل لها كيانا

= القاضى ، فان الحيوان مخلوق ذو روح محترم فيجب حفظه ولا يترك لمالكه يعذبه ... وعلى هذا يكون للحيوان حقوق يحكم له بها قضاء ، كما تجب له ديانة» (ص ٣٥٥). ولكن يبدو أن القائلين بأهلية الحيوان يتجوزون فى التعبير ، وأن فكرة الاحسان الى الحيوان قد صورت لهم ان الحيوان محمى لذاته ، بينما حمايته — كما قلنا — مفروضة أساسا لتحقيق مصلحة انسانية بحتة ، فلا تستتبع له أهلية أو حقوقا .

مستقلا عن كيان الأفراد المنشئين لها أو المنتفعين بها ، ومن الهدف الذى يوجه كيانها المستقل الى تحقيق مايعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية ـ ، لاتقل عن الانسان ـ فى نظر القانون والنظام الاجتماعى ـ قيمة وصلاحية كمركز للحقوق والالتزامات . ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فانما يثبتها له لما يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لايقصرها عليه وحده ، بل يجاوزه فيثبتها كذلك لغيره من الكائنات الجماعية المتميزة ـ مثل الجمعيات والشركات والأوقاف والمؤسسات ـ التى لها نفس هذه القيمة والصلاحية .

وعلى هذا النحو، لاتناط الشخصية بالادراك أو الارادة، ولا بالانتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تناط أساسا بالقيمة الاجتماعية (La valeur sociale) «١»، فيكون الشخص هو الكائن المتميز«٢» ذو القيمة الاجتماعية لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية «٣» ، مما يفسر كونه صاحبا للحقوق والالتزامات وكون شخصيته هى صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه .

٢٧١ ـ الشخصية واهلية الوجوب (٤)

اذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذى يعنى صلاحية كائن لوجوب الحقوق له أو عليه ، فتنبغى

---

(١) انظر فى ذلك خاصة :
Réglade, op. cit., pp. 75 - 79. — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. — Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) انظر فى استلزام أن يكون الشخص كائنا (être) له وجود متميز ، لامجرد نشاط (activité) ولو ذى قيمة اجتماعية :
Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) قارب : Dabin, ibid.
وقارن : Réglade, pp. 76, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « الذمة » على الشخصية ، ويجعلونها مناطا لأهلية الوجوب أو يجعلون الأهلية أثرا لها (انظر فى ذلك : =

مراعاة مايشيع فى الفقه «١» من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفا لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلا للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين الاصطلاحين ومدلوليهما ، فتبقى بينهما فروق تبرز التمييز بينهما «٢» .

ذلك أن الشخصية ، وهى صلاحية كائن لأن تنسب اليه الحقوق والالتزامات ، انما تواجة هذه الصلاحية فى ذاتها من حيث مبدأ وجودها ، بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لاتتصور أبدا ناقصة «٣». فوجودها لايتراوح بين الكمال والنقصان بتراوح عدد ماتتعلق به الصلاحية من حقوق والتزامات ، بل يكفى لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب «٤» . ولذلك فاذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس فى القانون الحديث ، فمعنى ذلك أن لكل منهم —

= أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة، ص ٣٥٢ . — على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ . — محمد مصطفى شلبى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠٨ و ٣٠٩ .

وقارن : محمد يوسف مرسى، الفقة الاسلامى، ١٩٥٤، ص ٢٢٠ و ٢٢١، الذى يستبدل اصطلاح « الانسانية » باصطلاح « الذمة ») .

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ . — عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ، فقرات ٤٠ و ٨٣. — شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ، ص ٤٧ . — محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٥٤ و ٨١ . جميل الشرقاوى، المرجع السابق ، ص ١٢٠ . — عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص ، فقرات ٣٥ و ٩٠ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، ص ٧٩ . — وكذلك كتابنا فى « المدخل للقانون » ، ص ٤١٠ .

(٢) انظر فى ذلك خاصة :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (١) ، ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

(٣) انظر سابقا ، ص ٧٠٣ .

(٤) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٣٧٩ .

على قدم المساواة ــ مثل هذه الصلاحية فى المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقــوق ، فيظل له ــ دون نقصان ــ نفس ما للبــاقين غير المحرومين من شخصية ، مادام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم مايجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب اليه أى حق أو التزام • واذا كان اختلاف الأشخاص فى قدر ما يمكن نسبتــه الى كل منهم من حقوق أو التزامات ، لاينتقص من تساويهم فى الشخصيــة لأنه لايمس مبدأ صلاحيتهم كأصحــاب للحق أو الالتزام ؛ فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية ، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب «[1]»، وهو الذى يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض «[2]» ؛ ولذلك لايحمل تساوى الأشخاص فى الشخصية معنى تساويهم فى أهليــة الــوجوب ، بل تتفاوت أهليــة وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية •

فالشخصية اذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام عامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات • وعلى هذا النحو، يتحدد الفيصل بين الشخصية وأهليــة الوجوب ، رغم تعلقهمــا معا بهذه

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.

(٢) قارن مع ذلك مايراه بعض الفقهاء من ان اهلية الوجوب «صفة نسبية ينظر فيها الى صلاحة الشخص لكل حق أو واجب على حدة ، وبقدر عدد الحقوق والواجبات وأنواعها تتعدد الأهليات فى الشخص الواحد . والأصل فى كل من هذه الأهليات انها اما أن تثبت لصاحبها كاملة ، واما أن لاتثبت له ، فلا ترد عليها التجزئة » (سليما مرقس ، المرجع السابق ، هامش ص ٣٨٠) . ويبدو انه لا تعارض حقيقى بين التصويرين ، وانما هما وجهان لفكرة واحدة . فاذا نظر الى مجموع الحقــوق والالتزامات وتفــاوت الأشخــاص فى الصلاحية فى شأنه كلا أو بعضا ، كانت أهلية الوجوب شاملة كاملة أو قاصرة ناقصة . واما اذ انظر الى كل حق أو التزام منها على حدة وصلاحية الشخص فى شأنه بالنسبة الى باقى الحقوق والالتزامات ، كانت أهلية الوجوب موجودة أو منعدمة لا ناقصــة .

الصـــلاحيـــة ، بالفيصل بين التجـريد والتطبيق ؛ فتكون الشخصيـــة هي الصلاحية المجردة (l'aptitude abstraite) وأهلية الوجوب هى الصلاحيـــة الواقعية أو المجسمة (l'aptitude concrete) .

وعلى هذا النحو ، اذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق أو عدم الزامهم ببعض الالتزامات لايلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص — رغم ذلك — من أهليتهم للوجوب «[1]» . ولذلك تكون الشخصية ثابتة للنســـاء مثلا رغم حرمانهن فى بعض الشرائع من الحقـــوق السياسيـــة واعفائهن من الخدمـــة العسكرية ، وللأجانب رغم حرمانهم فى بعض الشرائع من تملك العقارات أو الأراضى الزراعية «[2]» ، وللقريب رغم حرمانه من الارث لاختلاف الدين «[3]» أو لقتله المورث عمدا «[4]» ؛ ولكن يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من ذوى الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والالتزامات أو منعدمة فى شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الاعفاء بالذات «[5]» .

٢٧٢ — منهج البحث

اذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وكان الشخص — على ما رأينا — هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا جماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغى أن نعرض للشخص صاحب الحق فى نوعيه الكبيرين هذين : الطبيعى ، والمعنوى أو الاعتبارى .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى فرعين :

الفرع الأول — فى الشخص الطبيعى .

الفرع الثانى — فى الشخص المعنوى أو الاعتبارى .

---

(١) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٢) أنظر القـــانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنـــع غير المصريين من تملك الأراضى الزراعيـــة .

(٣) م ٦ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٤) م ٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٥) أنظر سابقا ، هامش (٢) ، ص ٧٠٩ .

الفرع الاول

الشخص الطبيعى

La personne physique

٢٧٣ — تمهيـد وتقسيـم

يقصد بالشخص الطبيعى الانسان ، وكل انسان اليوم — دون استثناء — يعتبر شخصا فى نظر القانون الحديث ؛ اذ الشخصية تفترض — كما رأينا — وجود كائن متميز له قيمـة اجتماعية بالنظر الى ما يتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الأصيل — وان لم يكن الوحيد — لهذا الكائن . غير أن هذه الحقيقـة المسلمـة اليوم من اسباغ الشخصية على كل انسان ، لم تكن كذلك على الدوام «[1]» . فقد كانت

---

(١) عرفت بعض الشرائع الحديثـة — الى قريب — نظـام « المـوت المدنى » (la mort civile) ، الذى كان يهـدر شخصيـة المحكوم عليهم بالاعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة فى الجرائم العادية أو بالنفى فى الجرائم السياسية . فقد كان هذا الموت المدنى — عند هذه الشرائع — فى حكم الموت الطبيعى ، تفتح به تركة المحكوم عليه به ، وتبطل وصيته ولو كانت محررة وقت قيام شخصيته وتمام اهليته ، وينحل زواجه فيحل لزوجه الزواج بغيره ، ويتجرد من الحقوق السياسيـة والوطنيـة تجردا تاما ، ويفقد اغلب الحقوق المدنيـة حتى لا يتبقى له منها الا ما يعتبر لازما لصيـانة حياتـه (Capitant, op. cit., No. 94. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 830. — Josserand, op. cit., t. I, No. 193).

واذا كان هذا النظام يصل من اهدار الشخصية الى هذا الحد ، فيبدو — رغم ذلك — أنه لايعتبر معدما لها اعداما تاما ، مادام يظل المحكوم عليه بالموت المدنى صالحا لوجوب بعض حقوق — ولو نادرة محدودة — له أو عليـه ؛ فتبقى للمحكوم عليه — رغم الموت المدنى — شخصيتـه قائمـة . فى هذا المعنى : Capitant, ibid. وقارن مع ذلك : (Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 339. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 441 ولكن تقيد اهلية وجوبه وتحصر فى اضيق نطاق .

غير أن هذا النظـام — فى شذوذه ، وقيامه على الافتراض ، وقسوته بما يصيب الأبرياء من النسـاء والأطفال — كان نظاما غير طبيعى مآله المحتوم

بعض الشرائع القديمـة تقصر الشخصية على الأحرار وحدهم من الناس وتنكرها على الأرقاء «١» ؛ ولعل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية «٢» لارتهان هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عـداد الأشخـاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الأشياء محل الحقوق «٣» .

= الى الزوال ، ولذلك لم تلبث الشرائع الذى عرفته أن انتهت به الى الالغاء (ألغى فى بلجيكا سنة ١٩٣١ ، وفى فرنسا بالنسبة الى الجرائم السياسية سنة ١٨٥١ وبالنسبة الى غيرها من الجرائم سنة ١٨٥٤) .

(انظر : Ripert et Boulanger, ibid.) .

واذا كان القـانون الحديث قد تخلص اليوم من هذا النظـام ، فما يزال يعرف ــ خاصة عقب الحروب والثورات وزوال الاحتلال الأجنبى ــ أنظمة ، ان لم تكن تختلط بنظام الموت المدنى ، فهى تحمل طابع بعض اثاره مثل « المصادرة العامة لكل أموال الشخص » أو « عدم الجدارة الوطنية » أو « الحرمان من شرف المواطن » .

(انظر فى ذلك :
Ripert et Boulanger, ibid. Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 12.
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٧) .

(١) ومع ذلك ، فمنطق « ديجى » فى تحديده الشخص بأنه الخاضع للقانون لاصاحب الحق ، ورهنه الشخصية بوجود ارادة واعية عاقلـة ، قد انتهى به الى وجوب اعتبار الرقيق شخصا فى نظر الشرائع القديمـة التى كانت تعرف الرق مادام كائنا ذا ارادة واعية ، اذ يعتبر بذلك مخاطبا بحكم القانون نتيجة اباحته له أو تحريمه عليه بعض الأفعال ، أو على الأصح نتيجة تحريمه ــ على غيره من الأفراد ــ بعض الافعال المنعكس اثرها عليه (انظر : Duguit, op. cit., t. I, § 43, pp. 460 - 462) .

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 116.

(٣) ولذلك ففى القانون الرومانى ، لم يكن للرقيق ــ خلافا للحر ــ أسرة شرعية فى نظر القانون ؛ ولاذمة مالية : فلا ملكيـة له ولا ديون عليه ولا تركة يخلفها بعد وفاته ؛ ولا حق الالتجاء الى القضاء او المثول امامه ؛ ولا حق فرض احترام شخصيته اذا كان محل اعتداء من الغير ، فالمطالبة برفع الاعتداء أو التعويض عنه من حق السيد وحده باعتباره مالكه كمطالبته به لو كان محل الاعتداء حيوانا أو جمادا يملكـه . وتخلف الشخصيـة عند الرقيق واعتباره من الأشياء على هذا النحو ، كان يخضعه لنفس نظـام الأشياء من إعتباره مثلها محلا للتملك ملكية مفرزة او شائعة لأكثر من مالك ، أو لتجزؤ =

واذا كانت الشخصيــة معترفا بها فى القانون الحديث لكل انسان ، فهى ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعيــة عاقلــة عنده ؛ ذلك أن الارادة — على خلاف مايزعم بعض الفقهاء — ليست مناطا للشخصية كما رأينا ، مادام أساس ذلك من النظر الى الحق باعتباره قدرة ارادية أساس غير سليم وتتائجه المحتومة كذلك غير معقولة أو مقبولة «[1]» . وانما تناط الشخصية بالقيمة الاجتماعية للكائن ؛ وتوافر الصفة الانسانيــة — حتى مع انعدام العقل والوعى والادراك — كاف — بالنظر الى غاية القــانون وما يقرره من حقوق — لاثبات هذه القيمة للمجنون أو الصغير غير المميز . ولذلك تثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كاملى العقل والادراك أو ناقصيه أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصيــة لكل منهم دون تمييز ،

= الملكيــة وتوزعهــا بين مالك رقبة وصاحب انتفاع ، أو للتملك بالاستيلاء اذا تخلى المالك عنه اذ — بهذا التخلى — لايعود حرا بل يصير — كالحيــوان المتروك — شيئا سائبا لامالك له يتملكه أول واضع يده عليه .

ولكن البصر بحقيقــة الواقع من اختــلاف الرقيق عن بقية الأشياء نتيجة صفته الانسانية ، لم يلبث أن فتح الباب تدريجيا للاعتراف للرقيق ببعض نتائج الشخصية . ومن ذلك السماح أولا للــرقيق بتمثيل سيــده واستعارة شخصيته فى بعض التصرفات القانونيــة لمحض اكساب الســيد حقــا كجعله مالكا أو دائنا ، مما أتاح النظر الى الرقيق فى هذه الحدود — لاباعتباره شيئــا فحسب — بل باعتباره كذلك أداة للنشاط القــانونى . ثم تطور الأمر الى حد السماح بنيابة الرقيق فى تحميل سيده التزامات وجعلــه مدينا ، وهو ما كان يتحقق فى العمل نتيجة وضع الرقيق على راس سفينة أو مشروع تجارى أو صناعى والزام السيد قبل الغير بآثار قيامه بهذه المهمة .

انظر فى تفصيل مركز الرقيق فى القانون الرومانى :

Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 6e éd., 1918, pp. 95 - 101.

(١) انظر سابقا ، ص ٥٥٣ — ٥٥٥ و ص ٧٠٢ و ٧٠٣ .

وانظر خاصــة ، فى تأييد اثبات الشخصيــة للمجنـون والصغير ونقد انكارها عليه :

Dabin, op. cit., pp. 117 - 123.

لايعنى أنهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق «[1]»، ولذلك، فرغم اعتبار كل أفراد الناس أشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون فى مدى مالكل منهم ــ نتيجة شخصيته ــ من أهلية وجوب «[2]» ؛ فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والالتزامات عند أفراد آخرين «[3]» .

---

(١) Dabin, op. cit., p. 117

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٢٧١ .

(٣) وقد ثارت أمام القضاء المصرى ــ نتيجة نظام الرهبنة وما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى العالم الدنيوى وغير صالح للتملك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه ــ مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو انعدامها ، ومدى أهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينبغى أن نقرر فى هذا الشأن ، أن مثل هذا النظام لايمكن أن يعتبر صحيحاً فى القانون المصرى اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب أو حصر أهلية وجوبه فى أضيق نطاق ، لأن قواعد الشخصية والأهلية من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يمتنع على الأفراد ــ بل وعلى عرف طائفى كعرف الرهبنة (عكس ذلك : استئناف مصر ، ٢٥ مارس ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٤ ، ٧٤٤) ــ اهدارها أو الخروج عليها (فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٥ ، ٧٤٦) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليا ، واعتبار الراهب ــ على نفس وضعه السابق قبل الرهبنة ــ صاحب كل مايكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ؛ ذلك أن الراهب ــ بدخول الدير ــ يتبوأ وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينا لعلاقاته بالدير ، وتمييزاً بين ما يكتسبه من حقوق مالية بصفته الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفته الدينية فيكون للدير . وليس فى اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الأخيرة ما يخالف قواعد القانون الوضعى ، مادام اكتساب هذه الحقوق ــ رغم تحققه عن طريق الراهب ــ منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته كنائب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب ــ والراهب لايكتسبها لحساب نفسه ــ نسبتها الى الدير وايقاعها فى ذمته وحده .

وعلى هذا النحو ، يعتبر الراهب فى القانون المصرى شخصا غير منقوصة أهلية وجوبه بسبب الرهبنة ، فيظل رغم الرهبنة وبعدها ــ كما كان قبلها ــ صالحا لأن يكون صاحبا للحقوق والالتزامات . وأما مايكتسبه الدير من حقوق عن طريقه، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انعدام شخصية الراهب =

واذا كانت الشخصية تثبت لكل انسان ، فهى تلازمه من ابتداء حياته الى حين وفاتــه . وهى ، فى هذا المدى الزمنى ، يكون لها ما يميزهــا ـــ بالنسبــة الى كل فرد عن بقية الأفراد الآخرين ـــ من مميزات خاصة به . وهى اذا كانت ـــ كما رأينا ـــ لاتتطلب ارادة معينة فى الفرد لثبوتهــا له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، الا أن توليد الحقوق والالتزامات أو مباشرتهــا أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لايتحقق

= او نقص اهلية وجوبه وانما نيابته عن الدير أو تمثيله له فى هذا الاكتساب بحكم صفته ووظيفته . ولذلك لايكتسب الدير مايؤول الى الراهب من حقوق بوصفــه الشخصي ، بل تظل له وحده يرثها عنه اقرباؤه وورثتــه من بعده (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الاول ، هامش (١) ص ٢٦٧) .

وتحديد مركز الراهب فى القانون المصرى على هذا النحو ، هو ـــ فيما يبدو ـــ ما أخذت به محكمة النقض ، حين قررت أنه « حيث انه يؤخذ ... من الاحكام الكنسية أن الأموال التى تؤول للرهبان **عن طريق وظائفهم او بسببهــا** تصبح ملكا للبيعــة ، اذ الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يثقف ويربى تربيه دينية على حساب الدير ، راضيا بالنظام الكنسى القاضى بأن كل مايصيبه من رزق لايملك فيه شيئًا بل يكون ملكا للكنيسة ؛ وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادىء النظام العام أو احكام القــانون فى شىء ما . وحيث انه لذلك فان الحكــم المطعون فيه ـــ اذ عد المطران مالكا لما اشتراه وقت أن كان شاغلا منصبــه الدينى لمجرد أن العقود صادرة له شخصيا لا بصفته نائبا عن الكنيســة ـــ قد اخطأ فى عدم الأخذ بالقواعد الكنيسة المحددة للعلاقة الماليــة بين الرهبــان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين ؛ ولذا يتعين نقض الحكم المطعون فيه .. » (نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١) .

ولايجب أن يعترض على هذا الحكم بأن فيه مخالفة لقواعد النظــام العــام المتعلقة بالشخصية والأهلية لا يملكهــا حتى العرف الطائفى المستقر فى هذا الشأن (عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، هامش ص ٥٦) . فهذا الاعتراض يكون صحيحــا لو كان الحكم يعنى أن هذا العــرف يعدم شخصية الراهب أو يحد من اهلية وجوبه . أما وهو يحدد مضمون هذا العرف بأنه اعتبار الراهب نائبا عن الدير او ممثلا له فى شأن ما يتم اكتسابه من حقوق عن طريقه بهذا الوصف فحسب مما يجعل الدير ـــ لا الراهب ـــ صاحبها ، فلا مخالفة فيه لقواعد النظام العام ، ولا وجه بالتالى للاعتراض على الحكم القاضى بصحته والزامه .

فى بعض الصور الا نتيجة قدرة ارادية معينة عند الشخص ؛ وتفاوت الأفراد الطبيعى فى توافر مثل هذه القدرة ، لابد مفـاوت بينهم بالتالى من حيث مباشرة النشاط الارادى للشخصيـة أو « أهليـة الأداء » ، فتتراوح هذه الأهلية ــ بتـراوح قـدر الارادة عنـد الأفـراد ــ بين الانعـدام والنقصـان والكمـال •

ومن ثم ، نقسم هذا الفرع الى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول ــ فى مدة الشخصية •

المبحث الثانى ــ فى مميزات الشخصية •

المبحث الثالث ــ فى النشاط الارادى للشخصية أو أهلية الأداء •

المبحث الاول

مدة الشخصية

٢٧٤ ـ تمهيد

مادامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فهى تظل ملازمة له مادام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضى بوفاته . وبذلك تقضى المادة ١/٢٩ من التقنين المدنى بقولها « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولاديا حيا ، وتنتهى بموته » .

غير أن تحديد مدة الشخصية فى بدايتها على هذا النحو ، ليس بالقاعدة المطلقة . فثمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليها ، اما ببدء الشخصية قبل الولادة ، واما بانهائها دون تيقن من الموت الحقيقى .

فنعرض فيما يلى على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

المطلب الاول

بداية الشخصية

يضع المشرع قاعدة بداية الشخصية فيقرر فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من التقنين المدنى أنه «تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا» . غير أن المشرع لم يلبث أن خرج على هذه القاعدة فى تحديد بداية الشخصية ، حينما جعل فى الامكان احتساب الجنين من قبل ولادته صاحبا لبعض الحقوق ، بنصه فى الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه « ومع ذلك ، فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . فنعرض أولا لاستلزام تمام ولادة الانسان حيا ثم لمركز الجنين قبل الولادة .

٢٥٧ ـ تمام ولادة الانسان حيا

تبدأ شخصية الانسان ـ في الأصل كما يقرر المشرع ـ بتمام ولادته حيا ، أي يشترط لبدء شخصيته تمام الولادة من ناحية ، وتحقق الحياة من ناحية ثانية .

(١) تمام الولادة : كان المذهب الحنفي المعمول به في مصر ، يكتفي في هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله «١» . ولكن المشرع المصري ـ في قانوني المواريث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦ على التعاقب ـ عدل عن اتباع هذا الحكم وأخذ بحكم المذاهب الثلاثة الأخرى التي تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما «٢» ، وهذا أفضل حسما للأمر وقطعا للمنازعات .

(٢) تحقق الحياة عند تمام الولادة : لايكفي لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وانما ينبغي ـ فضلا عن ذلك ـ تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة . فالعبرة في ابتداء الشخصية اذن ، تكون بتوافر الحياة في المولود لحظة واحدة هي لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة . ومن الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها : البكاء والصراخ والشهيق ؛ فان لم يظهر شيء من هذه الأعراض ، كان

---

(١) يذهب الحنفية الى ان المولود تثبت له الشخصية فيرث اذا خرج اكثره حيا ثم مات قبل أن يتم خروج باقيه . والمعتبر عندهم في خروج الأكثر أن يخرج صدره كله وهو حي ، فان خرج برجليه أولا فالمعتبر خروج سرته وهو حي ؛ فاذا لم يخرج صدره كله في الحالة الأولى ، ولا سرته في الحالة الثانية ، ثم مات قبل خروج سائره ، فلا يرث (انظر : أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها ، مشار اليه في : محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٨) .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانونين ، وانظر كذلك :
محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٠ ، فقرة ٧٥ ، ص ٨٨ و ٨٩ . ـ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، فقرة ١٧١ .

للقاضي الاستهداء برأى أهل الخبرة من الأطباء لتقرير مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصـــال «١» .

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال «٢» ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحيـــاة (viabilité) فضلا عن ذلك «٣» ، اذ من العسير فى العمل التثبت من هذه القـــابليـــة مما يفتح الباب واسعـــا لكثير من المنازعات . واختلاف الحكم على هذا النحو ، له أثره العملى البالغ . فلو كان المولود — رغم ولادته حيا — غير قابل للحياة ثم توفى بعد الولادة بوقت قصير ، ثبتت له الشخصية حتى وفاته فى القانون المصرى ولم تثبت له شخصية أصلا فى القانون الفرنسى ؛ بحيث اذا كان مستحقا فى تركة مفتوحة وقت الحمل أو بعد الولادة وقبل وفاته ، ورث نصيبه منها وتملكه فى القـــانون المصرى فيرثه عنه ورثتـــه بوفاته ، ولم يرث شيئا فى القانون الفرنسى يمكن أن يورث عنه بعد وفاته بل يوزع النصيب الموقوف له على ورثة مورثه كأن لم يوجد المولود قط .

فاذا انفصل المـــولود اذن عن أمه انفصـــالا تاما وهو حى ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة. وأما اذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصـــاله ، لم تثبت له شخصيـــة أصلا ، ســـواء كان موته طبيعيـــا أو بفعل فاعل «٤» .

---

(١) انظر المراجع المشار اليها فى الهامش الســابق .

(٢) يكتفى بهذا الشرط كذلك — كالقانون المصرى — القانون المدنى الألمانى (المادة الأولى) والسويسرى (م ١/٣١) .

(٣) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 828.

(٤) وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول صلاحية الجنين المسقط بجناية توجب الغرة لكى يرث ويورث. فذهب الحنفية الى توريث هذا الجنين النصيب الموقوف له من تركة مورثه وتمليكه الغرة المستحقة عن جناية اسقاطه

=

وتبثت واقعة الميلاد بالقيدفىالسجلات الرسمية المعدة لذلك (م ٣٠/١ مدنى) ، وهى التى ينظمها القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ . فبمقتضى المادة ١١ من هذا القانون ، ينبغى أن يتم التبليغ عن الميلاد بمكاتب الصحة فى ميعاد لايتجاوز ثمانية أيام من يوم الولادة . وبمقتضى المادة العاشرة منه، يجوز لكل ذى شأن أن يحصل فى أى وقت على صورة طبق الأصل من القيد فى دفاتر المواليد ، كما يجوز لأى شخص أن يحصل على مستخرج من دفاتر المواليد يقتصر فيه على بيان اسم المولود ولقبه وتاريخ وجهة الميلاد ، وكل ذلك مقابل دفع رسم معين يحدده وزير الصحة .

ولكن يراعى أنه ليس للسجلات المعدة لقيد المواليد ولا للشهادات المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الميلاد ، فيظل اثباتها جائزا بكافة الطرق . ولذلك تنص المادة ٣٠/٢ من التقنين المدنى على أنه اذا

=

بحيث يورث عنه كل ذلك ، على أساس أن فرض الغرة بسبب جناية الاسقاط يعنى أن للجنين فى نظر الشارع حياة تقديرية وقت وقوع الجناية وموتا تقديريا كذلك بسببها . وذهب الجمهور — ومن بينهم الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل — الى اعتبار الجنين حيا بالنسبة للغرة فقط فلا يورث عنه سواها ولا يرث من غيره للشك فى حياته وقت الجناية . وذهب الامامان ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد من كبار المجتهدين الى عدم اعتبارالجنين حيا لابالنسبة للغرة ولا بالنسبة لغيرها ، فلا يرث ولا يورث لأن حياته غير محققة وقت الجناية وبالتالى غير محقق موته بسببها ؛ وليس فى ايجاب الغرة تقدير لشىء من ذلك ، فهى جزاء الاعتداء على الأم الحامل فتكون لها وحدها لايشاركها فيها أحد لأنها وجبت لها بسبب الجناية عليها . وهذا الرأى الأخير هو الأوجه والأصح ؛ وقد اختاره قانون المواريث وعدل به عن مذهب الحنفية الذى كان العمل جاريا به من قبل فى هذا الشأن ، ولهذا نص على اشتراط تحقق موت المورث أو الحكم بموته وتحقق حياة المستحق للتركة وقت موت المورث أو وقت الحكم بموته .
(انظر فى ذلك : عمر عبد الله ، احكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى، ١٩٥٥، ص ٤٧–٤٩ . وانظر كذلك المذكرة التفسيرية لقانون المواريث).

« ... لم يوجد هذا الدليل «١»، أو تبين عدم صحة ما أدرج فى السجلات، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى » «٢» .

غير أنه اذا كان اثبات واقعة الميلاد جائزا بكافة الطرق ، فان اثبات مايتفرع على الميلاد من نسب يخضع لقواعد الأحوال الشخصية . ومن المقرر فى الشريعة الاسلامية أن المولود من زواج صحيح يثبت نسبه من الزوج بقرينة الفراش «٣» ، اذا كان ميلاده لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج ، أو لتمام سنة على الأكثر من وقت الفرقة بالطلاق أو الفسخ أو وفاة الزوج «٤» . فان كان ميلاده لأقل من ستة أشهر منذ الزواج أو لأكثر من سنة منذ الفرقة ، فلا يثبت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه ولم يقل انه من الزنا ، ويكون ثبوته حينئذ بالاقرار لا بالفراش «٥» .

---

(١) يكفى عدم وجود شهادة الميلاد دون حاجة الى اثبات فقدها لجواز السماح لذوى الشأن باثبات الولادة بجميع الطرق (انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٢٢ و ٣٢٣) .

(٢) انظر فى ذلك :
عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ١٩١ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ، وهامش (١) ص ٣٤١ .

(٣) لا يتأتى نقض هذه القرينة الا عن طريق اللعان (أنظر : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص ٤١١ — ٤١٤) .

(٤) ولذلك تقضى المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية بأنه « لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

وانظر فى تفصيل ثبوت النسب فى الشريعة الاسلامية :
عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٥) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ .

٢٧٦ — مركز الجنين

قلنا ان القـاعدة التى يقررها المشرع تقضى بأن الانسـان لاتبدأ شخصيته الا بتمام ولادته حيا . غير أن القانون رأى الخروج على هذه القاعدة ، بتقرير شخصية معينـة للجنين قبل الولادة ، اذ نصت المادة ٢/٢٩ من التقنين المدنى على أن « ... حقوق الحمل المستكن يعينها القانون » ، بما يثبت للجنين صلاحية لوجوب بعض الحقوق له . فقواعد الأحوال الشخصية تثبت النسب للحمل ، وقانون المواريث يعتبره مستحقا للارث فيوقف له من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى (م ٢و٤٢) وقانون الوصية يقرر صحة الوصية له (م ٣٥) .

وقد استخلص الفقهاء من ذلك أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق قاصرة على الحقوق التى لايتوقف ثبوتها على القبول ؛ فثبوت النسب لايحتاج الى قبول ، والميراث يثبت للوارث دون تـوقف على قبولـه ، والوصية تصح دون حاجة الى قبول المـوصى له وان كان هذا القبول شرطا للزومها . ومن هنا ، قالوا انه ليست للجنين صلاحية لاكتسـاب الحقوق التى يتوقف ثبوتها على القبول ، فلا تجوز الهبة له مثلا لأنهـا تنعقد بايجاب وقبول «(١)» .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبتدىء بالولادة ، فلا يوجـد للجنين ولى يملك القبـول عنه . واذا كان الأمر كذلك ، فيبدو أنه لم يعد اليوم لهذا النظر محل أو أساس فى القانون المصرى

---

(١) انظر فى ذلك :
عبد الحي حجازى ، المرجع السابق ، ص ٩٥ و ٩٦ (الهامش) و ص ٩٩ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٢٥ . — محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٣ و ٤٤ . — جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٦٦ . — عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩ ، ص ٦٥ و ٦٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ، ص ٦٠ .

بعد أن بات يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن ؛ فالمادة ٢٨/١و٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال تقضى بأنه « يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن . ــ ويجوز ذلك أيضا للمتبرع فى الحالة المنصوص عليهــا فى المادة ٣ » ، والمادة ١/٢٩ منه تقضى بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا » . فما دام قد أصبح للجنين وصى مقام عليه ، فليس مايبرر بعد حرمان الجنين من ثبوت بعض الحقوق له بدعوى توقف هذا الثبوت على القبول ، اذ للوصى حينئذ ــ بمقتضى ولايته ــ القبول عنه .

ولايعترض على ذلك بأن وصى الحمل المستكن هو مجرد أمين للمحافظة ــ لا للولاية ــ على ماله ، لأن الولاية انما تبتدى بالولادة «(١)» ؛ فتلك مصادرة على المطلوب . فابتداء الولاية بالولادة ــ كما هى القاعدة ــ مرده اعتبار الــولادة فى الأصل هى بداية الشخصية ؛ ولذلك اذا كان القانون من قبل الولادة يعترف للجنين استثناء بالشخصية ، فليس ما يمنع اذن من ورود الولاية عليه كما ترد على المولود ومن قبوله عنه ما يتمحض لصالحه من حقوق .

بل ويقطع بورود الولايــة على مــال الجنين ، واعتبــار الوصى عليه بالتالى وليا على ماله لا مجرد أمين ، تصريح نفس المشرع بذلك ، بنصه على أنه اذا « ... كان الموصى له **جنينا** أو قاصرا أو محجورا عليه ، يكون قبول الوصية أو ردها **ممن له الولاية على ماله** بعد اذن (المجلس الحسبى) » (م ١/٢٠ من قانون الوصية) .

---

(١) أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضهــا والولاية ، المقــالــة السابقــة ، ص ٣٥٦ . ــ محمد سامى مدكور ، الموضع السابق . ــ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٢٦٧ . ــ عبد المنعم البدراوى ، الموضع السابق . ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، الموضع السابق .

وكذلك اذا كان قصد المشرع من تعيين وصى على الحمل المستكن هو حمايته تربصا بولادته وانفصاله ، وكان هذا القصد متحققا بالمحافظة على الموقوف له مما لايحتاج الى قبول من ارث أو وصية ، فهو متحقق كذلك من باب أولى باكسابه حقوقا جديدة متمحضة لصالحه ولو كانت متوقفة على القبول ، فيقبل الوصى هذه الحقوق كما يفعل حين يحتاج حفظ مال الجنين الى الدخول فى تصرفات قانونية تتطلب القبول .

ومن ثم ، يمكن تحديد صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين مايتطلب منها القبول وبين مالايتطلبه ، اذ فى حال تطلب القبول يملكه الوصى نيابة عنه ؛ وبذلك تصح الهبة للجنين وتنعقد بقبول وصيه «[1]» .

ويبدو من ذلك أن المشرع يعترف للجنين قبل انفصاله بالشخصية خروجا على قاعدة ابتداء الشخصية بالولادة ، ولكن هذه الشخصية لا تعطى الجنين الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة «[2]» ، لاقتصار

---

(١) فى هذا المعنى :
شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤٨ . ــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .
ويبدو أن هذا الرأى كذلك يحظى بتأييد بعض كبار الأئمة من فقهاء الشريعة الاسلامية مثل الامام مالك (أنظر فى الاشارة الى ذلك ، محمد كامل مرسى فقرة ١٧٤ ، ص ٢٦٦) . وهو الذى تقرره كذلك بعض التشريعات الحديثة كالتقنين المدنى الفرنسى الذى يقضى بأنه « يكفى فى أهلية تلقى الهبة بين الأحياء أن يكون الموهوب له حملا وقت الهبة » (م ١/٩٠٦) ؛ وكالتقنين المدنى اللبنانى الذى يقضى بأن « الهبات التى تمنح للأجنة فى الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم » (م ٥١٨) مشار اليها فى : محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، هامش (١) ، ص ٢٦٦) .

(٢) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وأهلية الوجوب ، من القول بأن شخصية الجنين كذلك ناقصة :
عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص ٥٧ . ــ محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٤٣ . ــ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٦٦ . ــ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ . ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ٦١ .

صلاحيته أصلا على اكتساب ما ينفعه نفعا محضا من حقوق وما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق كتلك الناشئة عن ادارة أمواله أو بسببها » (١) .

واذا كان المشرع يعترف للجنين بشخصية وبأهلية وجوب ناقصة على هذا النحو ، فظاهر أنها شخصية وأهلية غير باتة لتوقف استقرارها نهائيا على تمام انفصاله وولادته حيا ؛ فان ولد ميتا اعتبر كأن لم تثبت له شخصية أو أهلية وجوب أبدا ، وان تمت ولادته حيا اعتبرت شخصيته وأهلية وجوبه ثابتة له منذ الحمل ومن قبل الولادة . ولذلك فان الحقوق التى تثبت للجنين صلاحية اكتسابهـا قبل ميلاده تكون معلقة على شرط تمام ولادته حيا (٢)؛ فان تمت ولادته حيا اعتبر صاحبا لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل؛ وان ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة

---

(١) فى هذا المعنى :
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٨٢ .

(٢) تنص المادة ٤٣ من قانون المـواريث على انه « اذا توفى الرجل عن زوجته او عن معتدته ، فلا يرثه حملها الا اذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقـة .

ولايرث الحمل غير ابيه الا فى الحالتين الآتيتين : (الأولى) أن يولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت او الفرقة ان كانت امه معتده موت أو فرقة ومات المورث اثناء العدة . (الثانية) أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث ان كان من زوجية قائمـة وقت الوفاة » .

وتقضي المـادة ٣٥ من قـانون الوصية بأنه « تصح الوصيـة للحمل فى الأحوال الآتية: (١) اذا اقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية . (٢) اذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ، مالم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية اذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقـة البـائنـة . — واذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين . — وتوقف غلة الموصى به الى أن ينفصل الحمل حيـا فتكون له » .

المورث الأصلى أو الموصى ، ويرد كذلك الشيء الموهوب الى الواهب •

واعطاء القـانون الجنين شخصيـة على هذا النحو وتأكدها بتمـام ولادته حيا على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك فى صحـة مايقرره المشرع من أن شخصية الانسان لاتبدأ الا منذ تمام ولادته حيا ؛ اذ مادامت الشخصية هى مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أيا كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق تمام ولادته حيـا لايحدد اذن بداية شخصيته فهى مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا باتا ونهائيا • ولكن لتحقق تمام هذه الولادة أثرا هاما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الانسان بعد ماكانت عليه من قصور ونقصان وقت الحمل• فكأن تمام الولادة حيا شرط اذن لاستقرار ما كان ثابتا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى أهليـة وجوبه والخروج بها من دور القصور والضمور • ولذلك قد يكون من الأصح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ولكنهـا لاتصير باتة الا بتمام ولادته حيا ، وأن أهليـة وجوبه تكون ناقصـة وقت الحمل ولا يبدأ اتساعها الا منذ تمام هذه الولادة • وهذا يؤكد ماسبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب «١» ؛ فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لاتبتدىء أهليـة الوجوب المتفرعـة عليهـا فى الاتسـاع الا منذ تمام الولادة •

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٢٧١ •

المطلب الثانى

نهاية الشخصية

اذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنها لاتنتهى الا بالموت . غير أن ثمة أحوالا قد يحوط الشك فيها وجود الانسان بحيث لاتعلم حياته من مماته كما هو الشأن فى المفقود ؛ فان غلب احتمال وفاته على حياته ، جاز — رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقى — الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى .

فكأن شخصية الانسان اذن لاتنتهى فى الأصل الا بالموت الحقيقى ، ولكنها — استثناء — يمكن أن تنتهى كذلك بالموت الحكمى أو الاعتبارى .

٢٧٧ — نهاية الشخصية بالموت الحقيقى

اذا كانت الشخصية تلازم الانسان فى حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بوفاته ؛ ولذلك تقضى المادة ١/٢٩ من التقنين المدنى بأن شخصية الانسان تنتهى بالموت . وواقعة الموت — كواقعة الميلاد — تثبت بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك بمكاتب الصحة . اذ يجب التبليغ عن الوفاة فى خلال أربع وعشرين ساعة من حصولها ؛ ولا يتم القيد فى دفتر الوفيات الا بعد تقديم شهادة بالوفاة وسببها صادرة من طبيب مصرح له بمزاولة مهنة الطب فى مصر ، أو بعد اجراء الكشف على الجثة من طبيب الصحة أو مندوبها (م ١٧ و ١٩ من القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات) . وللمبلغ عن الوفاة أن يحصل مجانا على صورة من القيد خلوا من ذكر سبب الوفاة ، اذا طلب ذلك فى نفس يوم التبليغ ؛ ويجوز لكل ذى شأن أن يحصل فى أى وقت على صورة طبق الأصل من القيد فى دفاتر الوفيات ، كما يجوز لأى شخص أن يحصل على مستخرج من دفاتر الوفيات يقتصر فيه على بيان اسم المتوفى ولقبه

وتاريخ الوفاة ، ويكون اعطاء الصورة أو المستخرج مقابل رسم يحدده وزير الصحه (م ٩ و ١٠ من قانون المواليد والوفيات) .

وليس لدفاتر الوفيات ولا للصور والمستخرجات منها حجية مطلقة فى الاثبات . فاذا لم يوجد دليل على الوفاة من واقع هذه الدفاتر أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى كما هو الشأن فى اثبات واقعة الميلاد (م ٣٠/٢ مدنى) .

واذا كانت الشخصية تنتهى بالموت على هذا النحو ، فان فقهاء الحنفية «١» كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، فتظل التركة ـ حتى سداد الديون أو اقتسام الدائنين لأموالها قسمة غرماء ـ على حكم ملك المتوفى اعتبارا . ومايزال هذا الرأى يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء «٢» ، الذين يسندونه ـ فضلا عن سند الحنفية له بقوله تعالى فى أكثر آيات المواريث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ـ بسند من القانون الوضعى هو نص المادة ٨٩٩ من التقنين المدنى الذى يقضى بأنه « بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول مابقى من أموالها الى الورثة ، كل بحسب نصيبه الشرعى » ، مما يعنى أنه لاتملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب ـ والتركة بحقوقها وديونها لاتكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد ـ ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو مالايتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته .

---

(١) راجع فى ذلك :
أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة، ص ٣٧٠ . ـ محمد كامل مرسى، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ . ـ عمر عبد الله ، أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ص ٣٠ ـ ٣٢ .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٥ . ـ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة ١٤٥ .

ولكننا نرفض هذا الرأى . ففيه مخالفة ظاهرة لصريح نص المشرع على أن شخصية الانسان تنتهى بموته فلابقاء لها من بعده (م ٢٩/١مدنى) ، وعلى أن « يستحق الارث بموت المورث » (المادة الأولى من قانون المواريث) . وهى — فضلا عن ذلك — مخالفة تقوم على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم وفاته . وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى مثل هذا الافتراض الصارخ فى مخالفة الطبيعة والقانون ، لأن الغرض من مثل هذا الافتراض — وهو حفظ حقوق دائنى المتوفى وتحديد مسئولية الوارث عما تركه المتوفى من ديون — يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعى يغنى عن هذا الطريق الافتراضى . وقد سبقت الاشارة الى هذا الطريق، عندما قلنا انه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فتؤول ذمته . بحقوقها وديونها — الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الأصلية «١» ، بحيث تتخصص هذه الذمة الموروثة — رغم اسنادها الى الوارث — بغرض معين هو تصفيتها بسداد ديونها من حقوقها . وهذا التخصيص يحقق حماية الوارث وحماية دائنى المورث على السواء . فهو يحمى الوارث من ناحية جعل حقوق الذمة الموروثة وحدها هى الضامنة لديونها ، مما يحد من مسئوليته عن هذه الديون بقدر تلك الحقوق . وهو يحمى دائنى المتوفى كذلك ، بما يفرض على الوارث — رغم تملكه أعيان التركة وقت الوفاة — من واجب عدم الاضرار بهؤلاء الدائنين عن طريق التصرف فى هذه الأعيان قبل سداد الديون ، والا اعتبر تصرفه غير نافذ فى حقهم لما يحمل من معنى الاخلال بهذا التخصيص .

وليس فى استناد هذا الرأى أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعى مايعززه ، اذ هو يحملهما مالا يقصدان ؛ فليس القصد مما يقررانه من أن « لاتركة الا بعد سداد الديون » أنه لاملكية للوارث الا بعد هذا السداد وبالتالى تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مسندة اليه حتى هذا

---

(١) انظر سابقا ، ص ٦٧٧ ، ٦٨٤ و ٦٨٥ .

السداد ، وانما القصد منهما أن لاملكيــة خالصة للوارث الا بعد سداد الديون ، مما يعنى أنه وان كان يتملك أعيان التركة فور الوفاة ــ لاستحالة اعتبارهــا على ملك المتوفى لانقضاء شخصيته بموته ــ الا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائنى المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتهــا خلوصــا نهائيا كاملا الا بعد تخليصهــا مما كان يثقلهــا من ديون ؛ وهذا مصداق ماقلناه من انقضاء شخصية المورث بالوفاة وأيلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأى الذى يذهب اليه كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية «[1]» ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى اليوم «[2]» .

---

(١) انظرفى الاشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنابلة: أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧١ وما بعدها . ــ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٦ . ــ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٢ و ٣٣ . ويستند هؤلاء الفقهــاء الى حديث « من ترك مالا أو حقا ، فلورثته » ، والى أن تعلق الدين بالمــال لايزيل الملك كمــا هو الشــأن فى حق المدين الراهن والمدين المفلس .

(٢) شفيق شحاته ، المرجع الســابق ، فقرة ٥٢ . ــ محمــد ســامى مدكور ، المرجع الســابق ، ص ٤٩ . ــ اسماعيل غانم ، المرجع الســابق ، ص ١٥٧ . ــ محمد على عرفه ، أسباب كسب الملكيــة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٣٩١ . ــ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٤١ .

ويذهب بعض الفقهاء ــ مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ــ الى اعتبار التركــة شخصا معنويا يتملك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد (عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩) . واذا كان هذا الرأى معقولا من الناحية النظرية ، فلا نظنه مقبولا من الناحية الوضعية ؛ اذ المشرع ــ وهو الذى يستقل بمنح الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ــ قد عدد طوائف الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية (م ٥٢ مدنى) ، وليس من بينها ما يمكن ادراج التركة تحتهــا . فضلا عن أن اعتبار الارث مستحقــا بموت المورث (المــادة الأولى من قانون المواريث) ، يفرض اسناد حقوق المورث الى الوارث فور الوفــاة مع الزامــه بسداد ديون المورث فى حدود هذه الحقوق ، بحيث تنتقل اليه ذمة المتوفى مخصصة بهذا الغرض وتسند اليه باعتبــاره خلفه العام والطبيعى ، دون حاجة الى تنحيته وخلق شخص معنــوى أو اعتبــارى يشغل محله الطبيعى على راس ذمة سلفه ومورثه .

وعلى ذلك ، نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد ــ ولو امتدادا اعتباريا ــ بعد هذا الموت .

٢٧٨ ــ نهاية الشخصية بالموت الحكمى او التقديرى

اذا كان الأصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الأحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته ــ رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته ــ تفرض الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى .

١ ــ الحكم باعتبار المفقود ميتا وانهاء شخصيته انهاء تقديريا :
يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت أخباره فلا يدرى مكانه ولا تعلم حياته من مماته . فمثل هذا الشخص قد يغلب احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن اقامة دليل يقينى على وفاته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقا وشخصيته ممتدة الى مالانهاية ؛ بل يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضى فى الحكم باعتباره ميتا ، بحيث تنقضى شخصيته بالموت التقديرى لابالموت الحقيقى خلافا للأصل فى انتهاء الشخصية .

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٣٢ من التقنين المدنى فى شأن المفقود ــ على الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية . والواقع أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ــ وهو مأخوذ عن فقه الشريعه الاسلامية «١» دون تقيد بمذهب بعينه من مذاهبه «٢» ــ سبق أن نظم أحكام المفقود ، بنصه فى المادة ٢١ منه على أن « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد

---

(١) راجع فى أحكام المفقود فى الشريعة الاسلامية :
عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٩٣٨ ، ص ٢٥٩ ــ ٢٦٢ . ــ عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ٤٥٨ ــ ٤٦٢ ؛ أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ص ٢٢٤ ــ ٢٣٠ .

(٢) كان العمل جاريا فى المحاكم الشرعية قبل نفاذ هذا القانون على اتباع مذهب أبى حنيفة من الحكم بموت المفقود اذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة .

=

أربع سنين من تاريخ فقده . ــ وأما فى جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا ».

وهذا النص يكشف عن امكان انهاء شخصية المفقود ــ رغم عدم التيقن من موته ــ بحكم قضائى يصدر باعتباره ميتا موتا تقديريا فى حالتين :

(١) **حالة غلبة الهلاك** : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد فى حرب ، أو كارثة كزلزال أو بركان أو فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك ــ اذا ترجح بمضى أربع سنوات على الفقد ــ أمارة وقرينة على وفاة المفقود . فيكون للقاضى أخذا بهذه القرينة القانونية ــ بناء على طلب ذوى الشأن وبعد التحرى بجميع الطرق الممكنة ــ الحكم باعتبار المفقود فى حكم الميت بعد مضى أربع سنوات من فقده .

(٢) **حالة عدم غلبة الهلاك** : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف لايغلب فيها هلاكه ، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فان الأمر متروك الى القاضى يستخلص من قرائن الأحوال المدة التى يترجح بانقضائها احتمال موت المفقود على احتمال حياته ، وذلك بعد التحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى تعرف مصيره .

= ولكن المشرع لم يلتزم فى هذا القانون حكم هذا المذهب على اطلاقه ، بل ميز بين الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك واخذ فى شأنه بمذهب ابن حنبل من التربص ــ للحكم بموت المفقود ــ اربع سنوات من حين الفقد ، وبين الفقد فى ظروف لايغلب فيها الهلاك واخذ فى شأنه بمذهب ابى حنيفة وبقول صحيح فى مذهب ابن حنبل من تفويض القاضى فى تقدير المدة التى يغلب ان لا يعيش بعدها مثل المفقود (انظر المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) .

فاذا حكم باعتبار المفقود ميتافىهذه الحالة أو تلك، يأخذ المفقود حكم الميت موتا حقيقيا : فتوزع تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم «(١)» ، وتعتد زوجتـه عدة وفاة أربعـة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بموته بحيث يحل لها بانقضائها الزواج من غيره . وعلى ذلك تنص المـادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بقولها « بعد الحكم بموت المفقـود بالصفـة المبينـة فى المـادة السابقـة ، تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم » .

فالمفقود اذن يأخذ اعتبارا حكمالميت موتا حقيقيا،فتنتهىشخصيتهبمجرد الحكم باعتباره ميتا . غير أنه يراعى أن شخصيته فى الفترة بين الفقـد وبين صدور الحكم تكون شخصية احتماليـة لعدم التثبت من حياته أو وفاته ، ولذلك يعامل طوال هذه الفترة بما هو أصلح له : فتظل زوجته على حكم الزواج منه لاتملك الزواج من غيره «(٢)» ، ويوقف له نصيبه فى الميراث أو ماأوصى له به حتى يستبين مصيره . فان حكم باعتباره ميتا على ماقدمنا ، يعتبر مايكون قد وقف له من ميراث أو وصية كأن لم يكن فيعود الى ورثة المورث أو الموصى على أساس اعتبار المفقود فى شأنه ميتا من وقت فقده لا من وقت الحكم باعتباره ميتا . وعلى ذلك تنص المـادة ٤٥ من قانـون

---

(١) اما من مات منهم قبل الحكم — ولو اثناء نظر الدعوى — فلا يرث منه، لان الحكم باعتبار المفقود ميتا حكم منشىء لموته الاعتبارى، والعبرة فى استحقاق الارث تكون بوجود الوارث حيا وقت موت المورث الحقيقى أو الاعتبارى. (أنظر فى هذا المعنى كذلك : عمر عبد الله ، احكام المواريث ، ص ٢٢٥) .

(٢) ولكن يجوز تطليقها عليه بحكم القاضى اذ طلبت ذلك لتضررها من غيبته سنة فأكثر ، اذ تقضى المـادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنـة ١٩٢٩ بأنه « اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جـاز لزوجتـه أن تطلب الى القاضى تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها،ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه »، لأن «مقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتهـا على العفة والشرف امر لاتحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب » (المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر) . ويطلقها عليه القاضى دون اعـذار أو ضرب اجل (م ١٣/٢) ، اذ المفروض انه مفقود لايعرف مكانه أو حياته حتى يمكن انذاره .

المواريث بقولهـا « يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه منهـا ، فاذا ظهر حيا أخذه ، وان حكم بموته رد نصيبه الى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ... » .

ومن ذلك يتبين أن موت المفقود موتا اعتباريا يستند الى تاريخ الحكم بالنسبة الى ماله ، فتوزع تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم ولاشيء لمن مات قبل صدوره «[1]»،ويستند الى تاريخ الفقد لا الى تاريخ الحكم بالنسبة الى مال غيره ، فيرد الموقوف له من ارث أو وصيـة الى ورثـة المـورث أو الموصى الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصى . ومعنى ذلك أن المفقود يعتبر ميتا موتا اعتباريا من تاريخ الحكم فى شـأن الحقوق التى تضره ، ومن تاريخ الفقد فى شأن الحقوق التى تضر غيره «[2]» .

---

(١) ومع ذلك كان من رأى البعض تخويل القـاضي سلطـة اسناد وفاة المفقود الى تاريخ سابق على صدور حكمه باعتباره ميتـا مواجهـة لمختلف الظروف والحالات ، مما يحدد ورثته حينئذ بالموجودين منهم أحيـاء وقت هذا التاريخ ولو كانوا أمواتا وقت صدور الحكم .

ولكن من الواضح أن هذا الرأى يخرج بالحكم باعتبار المفقود ميتـا عن صفته المنشئة المسلمـة الى صفة كاشفة دخيلة عليه . ولذلك انتهى الأمر الى استقرار الرأى على اعتبار المفقود ميتا ـ فى شأن مايوزع من أمواله وتركته ـ من تاريخ الحكم لا من أى تاريخ سابق عليه ، تأكيدا لصفة الحكم المنشئة وعملا بالأضبط والأحـوط (راجع فى تفصيل المنـاقشـات التى دارت فى لجنـة الشئون التشريعيـة بمجلس النواب فى هذا الشـأن : عمر عبد الله ، أحكام المواريث ، هامش (٢) ، ص ٤٤ و ٤٥) .

(٢) وتراوح اسناد الموت الاعتبارى الى تاريخ الحكـم أو تاريخ الفقـد على هذا النحو الذى اختاره القانون ، هو مذهب الحنفية والمالكية . وهم يقيمون رأيهم على أساس ان اعتبار حياة المفقود حال فقده انما يكون باستصحاب الحال التى كان عليهـا وقت الفقد ، واذا كان هذا الاستصحاب يصلح سندا لبقـاء أموال المفقود على ملكه ودفع الغير عن تملكهـا عنه بالارث ، فهو لايصلح سندا لاستحقاق المفقود مال غيره بالارث . فحياة المفقود حياة احتمالية ، تكفى لمنع الغير من ارثه حيث لايستحق الارث أو يبدأ الا بموت المورث اليقينى أو بموته التقديرى من وقت الحكم باعتباره ميتا ، ولا تكفى لتوريث المفقـود من غيره حيث الشرط لاستحقاق الارث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث (انظر : عمر عبد الله ، احكام المواريث ، هامش ص ٢٢٧) .

٢ ـ ظهور حياة المفقود : لما كان الحكم بموت المفقود هو حكم بموت اعتبارى لا حقيقى ، فان هذا الحكم يسقط هو وآثاره اذا عـاد المفقود أو ظهرت حياته ، على أن لايضر هذا السقوط بحقوق الغير . فيكون للمفقود العائد أخذ مابقى من أموال فى أيدى ورثته، وما بقى فى أيدى ورثة مورثه أو الموصى مما كان موقوفا له من ارث أو وصية وارتد اليهم بعد الحكم بموته. أما مااستهلكوه أو تصرفوا فيه ، فلا يسئلون عنه ، لأنهم انما ملكوه وأذنوا

= وعندنا أن رأى الحنفية والمالكية وحكم القانون المقر له محل نظر . اذ من الواضح أن الأصل فى الانسان الحى استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى، أو دليلا حكميا بالموت الاعتبارى أمام مايترجح لدى القاضى من القرائن والظروف المغلبـة لاحتمال المـوت على احتمال الحياة . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا ـ أخذا بأمارة الغالب ـ حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتبارى ، مما يوجب عده من الأحياء قبل صدور هذا الحكم وعدم احتسابه من الأموات الا من تاريخ صدوره ، دون تفرقة فى ذلك بين مايضره وبين مايضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده فى شأن ما يضر غيره من الحقوق ، معناه قلب الأصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس ، واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالى صفة كاشفة ليست له .

لذلك نفضل رأى الشافعية والحنابلة من اعتبار المفقود ميتا من وقت الحكم بوفاته فى كل الأحوال ، سواء بالنسبـة لما يضره كارث الغير منه أو لما يضر غيره كارثه من الغير ، لأن المفقود ـ كما يقولون ـ «يعتبر حيا مدة فقده مالم يتبين موته أثنـاءه وما دام القـاضى لم يحكم بمـوته . ويلزم على الرأى الذى ذهب اليه الحنفية والمالكية القول بأن الشخص الواحد يكون حيا وميتا فى آن واحد ، ولايخفى ما فى ذلك من تهـافت» (عمر عبد الله ، المـوضـع السابق) .

ولايعترض على ذلك بأن من الواجب اذن تسليم وكيل المفقود ما يستحق المفقود ـ وقت فقده ـ من ارث أو وصية فى تركة غيره فور وفاة المورث أو الموصى دون حاجة الى تعليق الاستحقاق أو وقفه . ذلك ان هذا الوقف يظل واجبا ، لاحتمال أن يثبت من بعد بدليل يقينى موت المفقود قبل وفاة المورث أو الموصى مما ينفى استحقاقه أصلا للارث أو الوصية منه . أما اذا لم يقم الدليل اليقينى على موته واكتفى بالقرائن للحكم بموته موتا اعتباريا ، فلا يجب اعتباره ميتا الا من تاريخ الحكم ، ويجب بالتالى ادخال الموقوف له من الارث أو الوصية فى تركته .

بأخذه والتصرف فيه بناء على حكم القضـاء ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليهم »[١] .

وأما زوجته فهى له، مالم يتزوج زواجا صحيحا ويدخل بها شخص آخر غير عالم بحياته ، وعلى ذلك تنص المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بقولهـا « اذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى ، فزوجته له مالم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول . فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته ، كانت للثانى مالم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » [٢] .

فلا يمنع من رجوع زوجة المفقود اليه اذن عقد زواجهـا بشخص آخر طالما الدخول بها لم يتم اذ صلـة الزوجيـة لم تصر واقعيـة بعد ، ولا دخول هذا الزوج بها طالما كان عالما بحياة زوجها المفقود اذ لاينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليـه ، ولادخـول هذا الزوج بها جـاهلا بحيـاة المفقود طالما تم عقد الزواج فى عدة وفاة هذا المفقود اذ يقع الزواج باطلا .

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الوهاب خلاف ، المرجع السـابق ، ص ٢٦٢ . ـ محمد كامل مرسى، الميراث وتصفية التركة ، فقرة ٥٠ ، ص ٨٣ . ـ عمر عبد الله ، أحكام المواريث، ص ٢٢٥ ؛ الأحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

وهذا الحكم الذى اخذ به المشرع ، هو قول ابى حنيفة وأصحابـه . ولكن يبدو أن للحنابلة ـ فى بعض الروايات ـ رأيا يخالف ذلك ، مقتضاه أن المفقود ـ ان قدم بعد قسمة ماله بين ورثته ـ « اخذ ماوجده من المـال بعينه بيد الوارث او غيره لأنه قد تبين عدم انتقال مكله عنه ، ورجع على من أخذ الباقى بعد الموجود بمثل المثلى وقيمة القيمى لتعذر ردعينه » (محمـد كامل مرسى عن احمد ابراهيم ، المرجع السـابق ، هامش (١) ص ٨٤) .

وعلى اى حال ، فقد يبدو امكان تخويل المفقـود ـ اذا عاد ـ حق استرداد المستبدل بماله فى ذمة وارثه اعمالا لفكرة الحلول العينى ، طالما كان دخول المـال البديل فى ذمة الوارث مقابل او نتيجة خروج المـال الأصيل الموروث عن المفقود من ذمته (انظر فى هذا المعنى : اسمـاعيل غـانم ، المـرجع السـابق ، ص ١٥٩ . ـ وقارن : مصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المدنى المصرى ، ١٩٥٦ ، هامش (١) ص ٦٦ و ٦٧) .

---

(٢) انظر مع ذلك فى انتقاد هذا النص :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

المبحث الثانى

مميـزات الشخصيـة

لشخصيـة الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهذه العلامات أو المميزات يردها الفقه الى ثلاث : الحالة التى تحدد مركزه الأساسى بالنسبة الى الدولـة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم الذى يتيح التعرف على ذاته ، والموطن الذى يتيح العثور على مكانه . فنعرض لكل من هذه المميزات فى مطلب على التوالى .

المطلب الاول

الحـالـة

L'état

٢٧٩ ـ تحديد الحالـة (١)

من أكثر الاصطلاحات القانونيـة ابهاما وعموما اصطلاح « الحالة » ، فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفـة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار المشابهة أو المقاربة .

واذا رجعنا الى الأصل التاريخى لفكرة « الحالة » ، وجدناها تعني فى القـانون الرومانى مركز الشخص القانونى بالنظر الى نواحى ثلاث :

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصـة :
Capitant, op. cit., No. 111. — Josserand, op. cit., t. I, No. 243. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 138. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 398.

مركزه من الحريـة (status libertatis) بانتمائه الى الأحرار أو الأرقاء ، ومركزه من الوطن أو الدولة (status civitatis) باعتباره وطنيـا ينتمى اليها أو أجنبيا لاتربطـه بها رابطـة ولاء ، ومركزه من العائلـة أو الأسرة (status familiæ) باعتباره ربا لها أو من الخاضعين لسلطانه من الزوجة أو الأبناء «[١]» . ثم ضاق نطاق « الحالة » فى العصر الحديث بعد الغاء الرق واعتبار كل أفراد الناس فى مركز سواء من حيث الحرية ، وانحصر أساسا فى المركز الوطنى والمركز العائلى ، وأحيانا ــ كما فى بعض الشرائع مثل القانون المصرى ــ فى المركز الدينى . وهذا ماحدا بكثير من الفقهـاء الى تحديد « الحالـة » تحديدا واقعيا بأنها مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولـة وأسرة معينة وأحيانا الى دين معين «[٢]» . ولكن هذا التحديد الواقعى للحالـة يحتاج الى بعض التجريد لتبرير اقتصار القـانون على الاهتمام بمركز الشخص من هذه الوجوه . وهذا ماحاوله بعض الفقهاء «[٣]» بتعريفهم « الحالـة » بأنها مركز الشخص أو نظامه القانونى ، ولكن من الواضح أن هذا التعريف ــ لفرط عمومه ــ لايتضمن أى تحديد،فهو يشمل كل ما يتعلق بالشخص من حيث خضوعه للقانون من حالـة بالمعنى الدقيق واسم وموطن وأهلية وما الى ذلك. وخير من هذا التعريف تعريف فقهاء آخرين «[٤]» للحالة بأنها مركز الشخص فى جماعة أو مجموعة ذات تكوين قانونى . واذا كان هذا التعريف أفضل التعريفات المتداولة للحالـة ، الا أنه يفتقد مع ذلك بعض الضبط والتحديد .

---

(١) Mazeaud, Josserand, ibid.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 52. — Capitant; Josserand; Colin, Capitant et De La Morandière, ibid.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٦ . ــ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ . ــ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠ . ــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٠ .

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462

(٤) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 398

ويبدو أن من الواجب — فى ضبط اصطلاح « الحالة » وتحديد مدلوله — الابتداء بالمسلم فى الفقه من حصر نطاقه فى المركز الوطنى أو السياسى والمركز العائلى أساسا والمركز الدينى أحيانا ، وملاحظة أمرين فى شأنه : الأول ، أن هذه المراكز تنشأ للانسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها — رغم ماقد يطرأ على عناصرها من تغيير — ملازمة للشخصية طوال امتدادها «(١)» . والثانى ، أن اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا فى مجموعة سياسية نظامية هى الدولة ومجموعة عائلية هى الأسرة وأحيانا فى مجموعة دينية كالمجموعة الاسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل من هذه المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعامات المجتمع بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه والتزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا نستطيع تحديد الحالة بأنها مايلازم الشخصية من مركز للفرد كعضو فى الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية ، وهو مايجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم . وعلى هذا النحو ، تتيح الحالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقاً أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب «(٢)» واعتبار الثانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها . وأما أهلية الأداء فتحددها عناصر — كالعقل والارادة — لاشأن لها بالحالة ولا تأثير لها عليها فى الأصل «(٣)» .

---

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 52, p. p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier op. cit., t. I, Nos. 13. 16. — Capitant, op. cit., No. 111, p. 154.

(٢) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 52, 304, note (3). - Capitant, op. cit., p. 152, note (2).

(٣) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.

واذا كانت الحالـة تعنى المركز الملازم للفرد باعتبـاره عضـوا فى مجموعة ذات قيمة اجتماعيـة أساسيـة ، فان نطاق الحالـة قـد يتفاوت اذن يتفاوت النظر الى هذه القيمـة ونسبيتهـا فى الشرائع المختلفـة • ولذلك كانت الحالـة فى القانون الرومانى تشمل مركز الفرد من الحريـة بانتمائه الى مجموعـة الأحـرار أو الأرقـاء ، وهى تشمل حتى فى بعض الشرائع الحديثـة المركز العنصرى للأفراد بانتمائهم الى مجموعـة جنس من الأجنـاس «[1]» • ولكن الانتمـاء الى مجموعـة الدولـة والأسرة كان دائمـا من عنـاصر الحالـة فى مختلف الشرائع ، ويعتبر القـانـون المصرى ـ بالاضـافـة الى ذلك ـ الانتماء الى الدين من هذه العناصر •

§ ١ ـ الحالة السياسية او الجنسيه

٢٨٠ ـ اهمية الحالة السياسية

يقصـد بالحالـة السياسيـة مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها ـ كعضو من أعضائها ـ برابطة التبعيـة والولاء أو ما يسمى الجنسيـة (La nationalité)

وللحالة السياسية أو الجنسيـة أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى • فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين • فليس للأجانب مثلا حق التمتع بالحقـوق السياسيـة ، كحق الترشيح أو الانتخاب فى المجالس النيابية ، وحق تولى الوظائف العامـة • وهم يعفون مثلا من أداء واجب الخدمـة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم • وحتى فيما يتعلق بالحقـوق المدنيـية ، قد يضيق مدى تمتع الأجانب بها ومدى نشـاطهم القـانونى عما يكون

---

(١) — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, p. 123, note (2). Mazeaud, op. cit., t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 393,

مسموحا به للوطنيين فى شأنها : فكثير من التشريعات تحرم الأجانب من حق تملك العقارات عامة أو الأراضى الزراعية خاصة، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة. غير أنه ينبغى أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسيــة أو الجنسيــة بين الأشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية فى الحياة ، فيوجد حــد أدنى من الحريات والحقوق — هى عادة الحريات العامــة أو الحقوق اللصيقة بشخصية الانســان وكل الحقوق اللازمــة للحيــاة الطبيعيــة العادية — تقضى قواعد القــانون الدولى العــام بوجوب توفيرها وكفالتهــا للأجــانب .

٢٨١ — الجنسية الأصيلة والطــارئة «(١)»

والحالة السياسيــة أو الجنسية ، اما أصيلة أو أصلية تثبت للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبــه أو طــارئة تثبت للشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد .

أما **الجنسيــة الأصيلــة** ، فاما أن تفرض على أساس رابطــة أو حق الــدم (Jus sanguinis) واما أن تفــرض على أســاس رابطــة أو حق الاقليم (Jus soli) «(٢)». ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الولد جنسية أبيه أو جنسية أمه ؛ ومعنى فرضهــا على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولــة لكل من يولد على اقليمهــا . وظاهر أن الأســاس الأول القــائم على وحدة الأصل هو الطبيعى والأقوى بالقياس الى الأساس الثانى القائم على وحدة الاقليم ؛ ولذلك فان الالتجــاء الى الأساس الثانى فى فرض الجنسية الأصيلة يكون عادة فى الــدول التى لايسعفها أساس وحدة الأصل فى تكثير رعاياها .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصــة :
Niboyet, Traité de droit international privé français, 2e éd., t. I, 1947, Nos. 88 - 119.

(٢) يستبدل بعض الفقهــاء تسمية هذين الأساسين باصطلاحين آخرين هما « الأصل السياسى للأسرة » للدلالة على الأساس الاول و « الأصل الجغرافى للطفل » للدلالة على الأســاس الثانى (انظر : Niboyet, op. cit., t. I, No. 91)

والمشرع المصرى يأخذ كقاعدة عامة برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية المصرية، اذ يقرر أنه يعتبر مصريا كل «من ولد لأب مصرى» (م ٢/أولا من القانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالجنسية المصرية) ، وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده ، سواء كان فى مصر أو الخارج • ولكنه يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الأقليم ، فيقرر مثلا أنه يعتبر مصريا « من ولد فى الأرضى المصرية من والدين مجهولين ، ويعتبر اللقيط فى الأراضى المصرية مولودا فيها مالم يثبت العكس » (م ٢/رابعا من قانون الجنسية) • بل ويجمع المشرع فى حالات أخرى بين رابطة الدم ولو من ناحية الأم وبين رابطة الأقليم، حين يعتبر مصريا من ولد فى الأراضى المصرية من أم مصرية دون ثبوت نسبته الى أبيهقانونا ، أو ثبوتها مع كون الأب عديم الجنسية أو مجهولها (م ٢/ثانيا وثالثا من قانون الجنسية) «(١) •

وأما **الجنسية الطارئة** بعد الميلاد ولغير سببه ، فهى التى تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس • فكثير من الشرائع يقر اكساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها اما اكسابا مطلقا أو مشروطا ؛ ومن قبيل ذلك ما يقرره المشرع المصرى من أن « المرأة الأجنبية التى تتزوج من مصرى ، لاتدخل فى الجنسية المصرية الا اذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها فى كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان • — ويجوز لوزير الداخلية ، بقرار مسبب قبل فوات المدة المشار اليها فى الفقرة الأولى ، حرمان الزوجة من حق الدخول فى الجنسية المصرية » (م ٩ من قانون الجنسية) •

وتبيح كل الشرائع جواز منح الجنسية الى الأجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة ، فيكتسبوتها اذن بالتجنس • ومن قبيل ذلك ، ما يقرره المشرع المصرى من منح الجنسية المصرية : للأجنبى المولود فى مصر

(١) راجع فى تفصيل هذه الأحكام :
شمس الدين الوكيل ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب فى مصر ، ١٩٥٧ ، ص ١٩٢ — ١٩٨ •

اذا طلب التجنس بهـا خلال سنـة من تاريخ بلوغه سن الرشـد وكانت اقامته العادية فى مصر عند بلوغه هذه السن (م ٤ من قانون الجنسية) ؛ وللأجنبى الرشيد الذى له وسيلة مشروعة للكسب ، متى كان قد جعل اقامته العادية فى مصر مدة عشر سنوات متتاليات على الأقل سابقة على تقديم طلب التجنس (م ٥) ، أو حصل ـ بقصد التجنس ـ على اذن من وزير الداخليـة وأقام بمصر فعلا مدة خمس سنوات متتاليات بعد هذا الاذن (م ٦) ؛ وكل ذلك بشرط أن يكون سليم العقل ، محمود السيرة والسمعـة ، ملمـا باللغة العربية (م ٤ و ٥ و ٦) «[١]» ٠

ولكن الغالب أن لايتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضهـا ـ وخاصة الحقوق السياسيـة ـ طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشـأن فيمن يكتسب الجنسيـة بالزواج ٠ ولذلك يقرر المشرع المصرى أنه « لايكون للأجنبى الذى كسب الجنسية المصرية ٠٠٠ حق التمتع بالحقوق الخاصـة بالمصريين أو مباشرة حقوقهم السياسية قبل انقضـاء خمس سنوات من تاريخ كسبه لهذه الجنسيـة ٠ كمـا لايجوز انتخابه أو تعيينه عضوا فى أية هيئة نيابية قبل مضى عشر سنوات من التاريخ المذكور ٠ ٠ ٠ (ولكن) يجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفى من شرط انقضـاء هاتين المدتين من يكون قد انضم الى القـوات المصرية المحاربة وحارب صفوفها» (م ١١/١ و ٢ و ٤ من قانون الجنسية)٠

§ ٢ الحالة العائلية او القرابة

يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص فى أسرة معينة كعضو فيهـا تربطه بباقى أعضائهـا رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ؛ وقد تربطه بأعضـاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة ٠

---

(١) راجع فى تفصيل هذه الأحكام :
شمس الدين الوكيل ، المرجع السـابق ، ص ١٩٨ — ٢٢٠ ٠

٢٨٢ ــ قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك • وقد عبرت عن هذا النوع من القرابة المــادة ٣٤ من التقنين المدنى الجديد بقولها « ١ ــ تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه • ٢ ــ ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » •

القرابة المباشرة وقرابة الحواشي : ينبغى التمييز فى قرابة النسب بين القرابة المبــاشرة وبين قرابة الحــواشى • فالقرابة المباشرة هى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم ، أى ــ كمــا تقول المادة ١/٣٥ من التقنين المدنى ــ « الصلــة مابين الأصول والفروع » • أما قرابة الحواشى ، فهى الصلــة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمــودى بينهم ، أى دون أن يكــون أحدهم فرعا للآخر (م ٢/٣٥ مدنى) •

وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والأب والجد قرابة مباشرة ، اذ الأول فرع للثانى ، والثانى فرع للثالث • بينما تعتبر قرابة حواش ، القرابة بين الأخ وأخيه ، وبين الشخص وعمــه ، وبين الشخص وابن عمه ، وبين الشخص وخاله ، وبين الشخص وابن خاله ؛ فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم ، الا أنه ليس أحدهم فرعها أو أصلا للآخر •

حساب درجات القرابة : بين التقنين المدنى كيفية حســاب درجــات القرابة ، سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش ، بقوله فى المــادة ٣٦ « يراعى فى حســاب درجــة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجــة عند الصعــود للأصل بخروج هذا الأصل • وعند حساب درجــة الحواشى ، تعد الدرجــات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه الى الفرع

الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجـة » (١) .

ومقتضى ذلك وجوب اسقاط الأصل أو الأصل المشترك دائما من حساب درجـة القرابـة واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجـة . ومن هنـا ، ففى القرابة المبـاشرة يعتبر الابن فى الدرجـة الأولى من القرابة لأبيه ، لأن الابن فرع وهذه درجـة والأب أصل فلا يحسب درجـة ؛ وكذلك يعتبر ابن الابن فى الدرجـة الثانية من القرابة لجده ، اذ يحسب ابن الابن درجـة والابن درجـة باعتبـارهمـا فرعين فتلك درجتـان ، ولايحسب الجـد باعتباره أصلا . أمـا فى قرابة الحواشى ، فيعتبر الأخ فى الدرجـة الثـانيـة لأخيه ، اذ هو درجـة باعتبـاره فرعـا ، والأب لايحسب درجـة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين ، والأخ الآخر يحسب درجـة لأنه فرع ؛ وكذلك يعتبر ابن العم قريبا من الدرجـة الرابعـة : فهو فرع فيحسب درجـة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجد ولا يحسب درجـة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم تنزل الى الأب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجـة ، ثم ابنه فيحسب درجـة كذلك ؛ فتلك اذن أربع درجـات .

٢٨٣ ـ قرابـة المصـاهرة

يقصد بقرابة المصاهرة تلك القرابة التى تقوم، نتيجة الزواج، بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت على هذا النـوع من القرابة وحسـاب درجتهـا المـادة ٣٧ من التقنين المدنى بقولها « أقارب أحد

---

(١) كانت محكمة النقض تجرى ـ قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد ورغم عدم وجود نص عام حينئذ فى شأن حسـاب درجات القرابة ـ على نفس القواعد التى يقررها التقنين المدنى الجديد فى هذه المـادة ، ذاكرة أن « درجـة القرابة ماهى فى حقيقة امرها الا المسـافة بين الشخص وأصلـه أو فرعـه . فيجب بالنسبـة الى الحواشى ، أن تعد المسـافات التى تفصل بين الشخص المطلوب معرفة درجـة قرابته والأصل المشترك ، وتضـاف اليها المسافات التى بين هذا الأصل والقريب الآخر ؛ ومجموع هذه المسافات يكون درجة القرابـة » (نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ٤٥٢) .

الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة بالنسبة الى الزوج الآخر » . وظاهر من ذلك أن قرابة المصاهرة انما تربط بين الزوج وأقارب زوجه ، فلا تربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج . وفى حساب درجة المصاهرة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر فى نفس درجة القرابة — ولكن بسبب المصاهرة — لهؤلاء الأقارب . ومن هنا ، فأخو الزوجة قريب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ؛ وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، وهكذا . . .

٣٨٤ — اهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، فى تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية — بحسب مركزه فى الأسرة — قبل باقى أعضائها . فبوصفه أبا ، تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية . وبوصفه ابنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة . وبصفته زوجا ، عليه واجب الانفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة والطلاق . وبوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار فى بيت الزوجة ولها حق المهر والنفقة «[1]» . وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختا أو بنت أخت أو خالة أو أبا أو جدا صحيحا أو أخا أو ابن أخ أو عما ، يكون له — حسب مراتب الأولوية المقررة — حق حضانة الصغير «[2]» .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها — سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة — واضحة فى كثير من الأوضاع القانونية ، حين يعتد

---

(١) راجع فى حقوق الزوجين وواجباتهما :
عمر عبد الله ، احكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ٨١ — ٨٧ ، و ص ١٨٩ و ١٩٠ .

(٢) أنظر فى الحضانة وأصحابها ومراتبهم :
عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

القانون بالقرابة فيحد — على أساسها — من مدى حقوق الأفراد ونشاطهم القانونى . ومن أمثلة ذلك ماتقرره المادة ٢٢٢/٢ من التقنين المدنى فى شأن التعويض عن الضرر الأدبى من أنه « ... لايجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » . وكذلك ماتقرره المادة ٩٣٩/ب من عدم جواز الأخذ بالشفعة « اذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » . وكذلك ماتقرره المادة ٣١٣ من تقنين المرافعات من اعتبار القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم، اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة فى الدعوى القائمة . وكذلك ماتقرره المادة ٢٣١ من تقنين المرافعات من جواز رد الخبير اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة .

وتبدو أهمية القرابة كذلك فى شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء . فمن النساء المحرمات بسبب قرابة النسب : الأصول والفروع وفروع الأبوين وفروع الجدين اذا انفصلن بدرجة واحدة ؛ وذلك مصداق قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » . ومن المحرمات بسبب قرابة المصاهرة : أصول الزوجة ، وفروع الزوجة المدخول بها وزوجة الأصل ، وزوجة الفرع ؛ وذلك مصداق قوله تعالى « وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » وقوله « ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف » [1] .

---

(١) راجع فى المحرمات من النساء بسبب قرابة النسب والمصاهرة : عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٢ — ١٠٥ .

ولعل من أهم مايترتب على القرابة الحق فى الارث والحق فى النفقة. غير أنه يراعى أن هذين الحقين لايترتبان فى القانون المصرى على أساس قرابة المصـاهرة ، وانما يترتبان على أساس قرابة النسب «١» وصلـة الزوجية «٢» .

§ ٣ ـ الحالـة الدينيـة

٣٨٥ ـ اعتداد المشرع المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة فى مجموعهـا انما تنظر الى حالـة الشخص السياسية والعائلية أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينـة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة . غير أن بعض القوانين الحديثة ـ ومنها القـانون المصرى ـ مازالت تنظر فضلا عن ذلك ـ فى حالات استثنائيـة ـ الى حالـة الشخص الدينيـة من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة ؛ ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية فى القديم من أهمية كبرى فى تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتمـاء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقـام الحالـة السياسية .

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث اذن هو احلال الحالة السياسية محل الحالة الدينية فى تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للحقوق وتحمله بالالتزامـات ، مما ينفى كل أثر لاختـلاف الدين فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين ؛ وهذا ما حرص دستـور ١٩٢٣ على تقريره

---

(١) اذا كانت قرابة النسب سببا للارث فى القانون المصرى ، فيراعى أن قواعده فى الارث ـ وهى مأخوذة عن الشريعة الاسلامية ـ تقسم المستحقين من الأقارب للارث تقسيما آخر الى ذوى فروض وعصبـات وذوى أرحـام . أنظر فى تفصيل ذلك وفى ترتيب الورثة بحسب هذا التقسيم عمر عبد الله ، احكام المواريث ، ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) أنظر فى احكام نفقة الزوجة ونفقة الأصول والفروع والحواشى : عمر عبد الله، الاحوال الشخصية، ص ٢٥٠ ـ ٢٧٨ و ص ٤٤٦ ـ ٤٥٧ .

(م ٣) وما حرص دستور ١٩٥٦ على تأكيده بقوله « المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » (م ٣١) •

غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ مايزال سلطان الدين قويا فى نظر المجتمع المصرى بحيث يعطى للمجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الأشخاص — على الأقل فى نطاق محدود — بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه المجموعات المختلفة •

فما زال المصريون مثلا — على التفصيل السابق بيانه — يخضعون لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم • ومن ذلك ماتقرره المادة السادسة من قانون المواريث من أنه « لاتوارث بين مسلم وغير مسلم » ؛ وماتقرره الشريعة الاسلامية للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ؛ وماتحرمه الشريعة الاسلامية من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه للمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب • غير أن هذه كلها حالات استثنائية لاتلغى المبدأ العام فى القانون المصرى من تساوى المصريين فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص •

المطلب الثانى

الاســـم (١)

LE NOM

٢٨٦ ـ تحديد الاسم ، واهميته ، وطرق اكتسابه

قلنـا ان كل انسان يتمتع بشخصية فى نظر القانون • غير أن شخصية كل انسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ؛ فمن صالح الجماعة ومن صالح الأشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامـة للتمييز بين الأشخـاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطـه واشتباهه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامـة ان هى الا « الاسم » • فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الأشخاص فى الجماعة• ولمـا كان فى تعيين الأشخاص والتمييز بينهم بالاسم صـالح للجمـاعـة وللأشخاص أنفسهم على السواء ، فقد غدا الاسم ـ كما سنرى ـ واجبا على الشخص وحقا له فى آن واحد : فالدولة تفرض على كل شخص واجب حمل اسم معين يتميز به ؛ والشخص يكون له حق على اسمه ، بحيث تكفل له الدولـة احترامه ، وعدم اغتصابه أو انتحاله ، وعدم المنازعة فيه من جـانب الغير •

---

(١) راجع فى ذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 128 - 132. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 206-222. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 582 - 592. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9 - 16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 531 - 566. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 876 - 919.

شفيق شحاته ، المرجع الســابق ، فقرات ٤٢ ـ ٤٥ • ـ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ـ ٣٥ • ـ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق، ص ٣٢ ـ ٣٧ • ـ اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٦٢ ـ ١٦٥ •

وحينما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معا ، ولانقصد الاسم بالمعنى الضيق الذى يقتصر على الاسم الشخصى وحده ، رغم أن المشرع المصرى يستعمل « الاسم » تارة بالمعنى الضيق حين ينص مثلا على أن « يكون لكل شخص اسم ولقب » (م ٢٨ مدنى) ، وتارة بالمعنى الواسع حين يعرض لحمايته فينص على أن لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » (م ٥١ مدنى) .

فلكل شخص اذن اسم بالمعنى الواسع أى اسم شخصى ولقب «١» . ويقصد عادة باللقب(Nom patronymique ou nom de famille)اسم الاسرة التى ينتمى اليها الشخص، اذ يشترك فى حمله جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصى (Prénom) «٢» ، فهو الذى يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبذلك يكون الاسم ـ بالمعنى الواسع ـ علامة على الشخص وعلى الأسرة التى ينتمى اليها فى نفس الوقت «٣» .

(١) انظر فى تاريخ استعمال الأسماء والالقاب :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 877. — Capitant, op. cit., No. 128.

(٢) يراعى أن بعض التشريعات الحديثة لاتعترف للأفراد بحرية مطلقة فى اختيار الاسم الشخصى ، كالقانون الفرنسى الذى يشترط اختيار الاسم من بين الأسماء المذكورة فى التقويمات الجارية أو من أسماء الشخصيات المعروفة فى التاريخ القديم . ولكن يبدو أن مثل هذا الاشتراط يخلق مشاكل كثيرة فى العمل ، نظرا لأن مختلف التقويمات تتضمن أسماء لم تعد معروفة بل غريبة وشاذة اليوم ولأن من العسير وضع حد فاصل بين التاريخ القديم والتاريخ الحديث (انظر : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 126) .
ولذلك يتجه مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى نحو التخفيف من جمود هذا الاشتراط ، بالاكتفاء بكون الاسم متضمنا فى التقويمات المختلفة أو من الاسماء التى أقرتها العادات فى الاستعمال (م ٢/٢١١) .
ويبدو أن من الواجب الاعتراف للأفراد بحرية اختيار السم الشخصى ، طالما ليس فيه مايخالف النظام العام والآداب .

(٣) فى هذا المعنى :
Capitant, op. cit., No. 128, p. 171

والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه • ولكن جرى العرف منذ قديم فى بعض الدول الغربيـة وخاصة فى فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبهـا الأصلى الذى اكتسبته بالنسب «[1]» •

وفى مصر لم يكن شائعا وجود ألقاب تلحق الأشخاص ، وانما كان الأمر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا اليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده • من أجل ذلك ـ وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحـة فى التمييز بين الأشخاص ـ عنى التقنين المدنى الجديد بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخـاص على كل شخص ، بحيث يلحق هذا اللقب أولاده كذلك بحكم القانون ، فنص فى المـادة ٣٨ على أن « يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » • ولكن لما كان فرض الألقاب نظاما مستحدثا فى مصر على هذا النحو ، فقد أشار التقنين المدنى بوضع تشريع خاص ينظمه ويحكمه ، فنص فى المـادة ٣٩ على أنه « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » ، ولم يصدر الى الآن مثل هذا التشريع •

واللقب ـ كما هو ظاهر من نص المادة ٣٨ ـ لايلحق الا أولاد الشخص لأنه مكتسب بالنسب ، فلا يلحق زوجتـه • وقد كان مشروع هذا النص يقضى بخـلاف ذلك ، اذ كـان يقـرر أن لقب الشخص « يلحق زوجته فى حياته ، وكذلك بعد مماته الا اذا انفصمت عرى الزوجيـة قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها » • ولكن اعترض على اعطاء

---

(١) الواقع ان الزواج فى القانون الفرنسى لايكسب الزوجة حقا على نفس لقب الزوج ، وانما يكسبهـا فحسب مجرد حق شخصى فى استعماله . ولذلك لايسقط عنها ـ رغم هذا الاستعمال ـ لقبهـا الأصلى وهو لقب اسرتهـا بالنسب ، واستعمالهـا للقب زوجها لايجعله خاصا بها بحيث تصبح صاحبته، ولذلك لاتملك ـ دون موافقة الزوج ـ اعطاءه للطفل الذى تتبناه بمفردهـا (انظر : ـ Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110. Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 948).

الزوجة لقب زوجهـا بأنه نظـام غربى لم يتعوده المصريون ، ووجد هذا الاعتراض صدى فى مجلس الشيوخ ، فانتهى الأمر الى العدول عن ادخال هذا النظـام فى القانون المصرى ، لأن العرف — كما قيل — لم يستقر بعد فى مصر على أن لقب الزوج يلحق الزوجة «١» .

واذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم ، فيبدو أنه ليس الطريق الوحيد ، اذ القـانون كما سنرى يجوز تغيير الاسم بقيـود وشروط معينة ، وهو بذلك ينشىء طريقا أو مصـدرا جديدا لاكتسـاب الاسم «٢» .

بقى أن تتعرف على التكييف القـانونى للاسم ، اذ على ضـوء هذا التكييف يمكن تحديد مدى الحماية التى يسبغها القانون على الاسم وكذلك تحديد خصـائصه .

٢٨٧ — التكييف القـانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى تعرف الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحت نظرتهم اليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، رأى فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الأشخاص بقصـد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات فى المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا ، اما كيفه بأنه حق ملكيه ، واما كيفه بأنه حق من حقوق الشخصية .

وواضح أن الاقتصـار على النظـر الى الاسم باعتبـاره مجـرد واجب أو وسيلـة الـزاميـة لتمييـز الأشخـاص ونظـامـا لـلأمن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٣٨ و ٣٣٩ .

(٢) بل واكتساب اللقطاء مجهولى الأبوين مايطلق عليهم من أسمـاء ، لايتأتى عن طريق النسب .

المدنى (institution de police) «١»، وان كان يبصر بما للدولة من صالح فى فرض حمل اسم على كل شخص ؛ الا أنه يغفل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية فى تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم الذى يتخذه لنفسه ، تلك المصلحة التى تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو مالايتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه ، اذ بالاقتصار على اعتباره مجرد واجب لاتجدى فى حمايته الا قواعد المسئولية التقصيرية التى تستلزم تحقق الضرر كشرط جوهرى لاعمالها «٢» .

وأما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاء العادى الفرنسى أساسا «٣» ، فهو — وان كان يفضل النظر السابق بتغليبه فكرة الحق فى الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر — الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير .

فيراعى بداءة أن الأصل التاريخى لفكرة ملكية الاسم ، انما يعود الى نظام الاقطاع بما كان يتفرع عليه من شيوع « الاسم الاقطاعى » (le nom féodal) الذى كان يقضى باطلاق اسم الأرض أو الاقطاعية على سيدها وصاحبها ، مما ولد الاعتقاد — والاسم هو اسم الأرض والأرض ملك له — بأن حقه على الاسم — كحقه على الأرض — ليس الاحق ملكية . وما دام نظام الاقطاع قد انقضى ولم يعد مقصودا بالأسماء اليوم

---

(١) انظر فى الاشارة الى انصار هذا الرأى :
Nerson, thèse précité, p. 36, note (3)

(٢) انظر فى نقد اعتبار الاسم واجبا كنظام للأمن المدنى :
Capitant, op. cit., No. 131. — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 561.

(٣) راجع فى الاشارة الى أحكام هذا القضاء :
Nerson, thèse précitée, p. 39, notes (7), (8), (9).

اظهار السيـادة على الأرض ، فلم يعد ثم مبرر للربط بين الاسم والأرض واعتباره ــ مثلهـا ــ محلا لحق الملكيـة «(١)» .

ومن ناحية أخرى ، لايستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية، طالما لاتتوافر فيه خصائصهـا بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماما . فالشيء محل الملكيـة ــ على ماهو مسلم منذ قديم فى الفقـه ــ لايكون الا ماديا ، بينما الاسم ــ الذى يقال كذلك انه محل لحق ملكيـة ــ ليس الا شيئا معنويا . وحق الملكيـة ــ بطبيعته ــ من الحقوق الماليـة الداخلة فى الذمـة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتقادم المكسب واعتبار الشيء محله داخلا فى دائرة التعامل ؛ بينمـا حق الاسم ــ كمـا هو مسلم ــ من الحقوق غير الماليـة الخارجة عن الذمـة ، بحيث لاتخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فى الاسم محله أو التنازل عنه. ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكيـة من حيث الاستخلاف عليه بالميراث ، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهمـا معا نفس الحق عليه فى آن واحد . وكذلك فان الاسم مشترك بين أعضـاء الأسرة الواحدة ، بل قد يكون واحدا متشابها فى أسر عديدة ، مما يمتنع معه القول بوجود ملكيـة فرديـة أو حتى ملكيـة على الشيـوع ، اذ الشيوع انما يفترض حصة شائعـة فى الشيء لكل مشتاع كالنصف أو الربع، بينما يكون الاسم بتمامه وبكل فوائده ثابتا لكل المشتركين فى حمله على السـواء «(٢)» .

وأمام التجافى بين حق الاسم وحق الملكيـة على هذا النحو ، اتجه

---

(١) انظر فى ذلك :
Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114, p. 141.

(٢) راجع ، خاصة ، فى انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكيـة :
Capitant, op. cit., No. 131, p. 174. — Nerson, thèse précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114. — Mazeaud, = op. cit., t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, p. 1176.

الفقه الحديث في مجموعه(١) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية. وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد اذا نظر الى الاسم من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانها الذاتى المستقل . ذلك أن شعور الانسان الطبيعى بنفسه وبكيانه الخاص وفرديته ،

= واذا كان من الواجب رفض اعتبار حق الأسم حق ملكية على هذا النحو ، فيذهب بعض الفقهاء الى النظر الى الاسم — ويقصدون به اللقب خاصة — باعتباره العلامة الظاهرة المميزة لعنصر حالة الأشخاص الناشىء عن النسب ، على أساس أن النسب هو الطريق العادى والأصلى لاكتسابه ؛ ويرون فى ذلك مايفسر كون الأسم غير قابل للتنازل أو التقادم ، وكون حمايته ثابتة لكل أعضاء الأسره دون تمييز ودون توقف على ترتب ضرر من انتحاله أو اغتصابه (انظر: (Colin, Capitant et De La Morandière op. cit., t. I, No. 590, pp. 451, 452).

ولكن هذا التكييف لايحظى بحق بتأييد الفقه ، لأنه يخلط بين الاسم وبين الحالة من ناحية ، ولايفسر الحالات التى قد يكتسب فيها اللقب عن غير طريق النسب من ناحية ثانية ، ويحصر اخيرا اهمية اللقب فى دائرة محدودة هى دائرة النسب رغم أن اهميته تجاوزها بكثير باعتباره مظهر مركز الفرد فى الأسرة وفى الجماعة على السواء مما يجعل منه مفتاح الشخصية كلها (انظر فى انتقاد هذا التكييف بصفة خاصة :
Josserand, op. cit., t. I, No. 218. — Nerson, thèse précitée, Nos. 12, 15. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 114, p. 142) .

(١) Capitant, op. cit., No. 131. — Josserand, op. cit., t. I, No. 219. — Nerson, thèse précitée, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savavietr, op. cit., t. I, No. 114. — Mazeaud, op. cit. t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, p. 1177. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 906.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٥ . — عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٦٨ . — شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٩ و ٣٠ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٣٦ . — محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٥٧ . — جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٧٤ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ . — عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٤ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢ .

يوجب تمكينه من تمييز ذاته وتعيين شخصيته وتوقى كل اختلاط بينه وبين غيره من أفراد النــاس وتركيز مصالحه وحقوقه ومشاعره ونشــاطــه حول نفسه ؛ والاسم هو وسيلته الى كل ذلك • فهو عنوان شخصيتــه وعلامتها ، ومظهر كيانها المتميز الواجب الاحترام ، وحدها العازل الفاصل بينهــا وبين ماتزخر به الحياة الاجتماعيــة من عديد الشخصيــات المتميزة الأخرى • من أجل ذلك ، كان الاسم لازما للانسان وملازما له ولصيقــا بشخصيته ، ومرتبطــا به بالتالى برابطــة وثيقة تجعلــه محلا لتسلطــه واستئثاره ، مما يخلق له حقا عليه ويجعل من هذا الحق حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق «١» •

غير أن تكييف الطبيعــة القانونية للاسم على هذا الأساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة ــ لايقل أهمية عن الوجه المتقدم ــ هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولــة على الأشخاص مراعاة للصــالح العــام وتحقيقــا لاستقرار وأمن المعاملات ؛ وهو نفسه الوجه الذى لم يعبه ــ فيما رأينا «٢» ــ الا اقتصار بعض الفقهــاء عليــه بوصفه الوجه الوحيد للاسم • ذلك أنه ما دامت الأسمــاء هى الحدود الفاصلــة بين الأشخاص ، فان الاكتفــاء باعتبارهــا مجرد حقوق ، قــد يزعزع هذه الحدود بكل مايحمله ذلك من مخاطر تغيير الأسمــاء واختلاط الأشخاص والتحايل على القانون؛ فتثبيتا لهذه الحدود وتأكيدا لاستقرارها، ينبغى اعطاء الأسمــاء ــ فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحــة الأشخاص أنفسهم ــ وصف الواجب المفروض على الأشخــاص لصــالح الدولــة والمجمــوع •

ومن هنا ، نرى فى الاسم طبيعة مزدوجة مركبة ؛ فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من

---

(١) انظر سابقا ، ص ٥٩١ •

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٥٤ •

ناحية أخرى «[١]» . ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره ــ كما سنرى ــ فى تحديد خصائصه .

٢٨٨ ــ حماية الاسم

كان من الطبيعى أن يجد الجدل حول التكييف القانونى للاسم صداه فيما يتعلق بحمايته . فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمن مدنى مفروض على الأفراد ، لايجعل للاسم حماية الا فى حالة وقوع ضرر على صاحبه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، فلا يجوز له ــ فى حال تخلف الضرر ــ المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه من جراء استعمال الغير أو انتحاله له . ولعل الرغبة فى تفادى هذه النتيجة ، هى التى مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم ــ كما يتمكن المالك ــ من المطالبة برد ووقف أى اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك «[٢]» . غير أن حق الملكية لايصلح ــ كما سبق البيان ــ تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو فى واقع الأمر حق من حقوق الشخصية . واعتباره كذلك ، يستتبع ــ من حيث حمايته ــ نفس الأثر الذى يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية دون توقف على اثبات حصول ضرر من استعمال الغير للاسم أو انتحاله أو المنازعة فيه . ذلك أن حقوق الشخصية ــ والحقوق بوجه عام ــ يجب أن تكون مكفولة لذاتها دون توقف على وقوع ضرر من جراء الاعتداء عليها ، فلأصحابها مصلحة ظاهرة ــ فى حال المنازعة فيها

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Josserand; Planiol, Ripert et Savatier; Ripert et Boulanger, ibid. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, pp. 1176, 1179.

عبد المنعم فرج الصدة ، الموضع السابق . ــ شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣ . ــ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص٧٣ــ٧٦ . ــ اسماعيل غانم ، وعبد المنعم البدراوى ، وعبد الفتاح عبد الباقى ، المواضع السابقة .

(٢) Ripert et Boulanger, No. 907. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 116, p. 144.

أو ادعائهـا من قبل الغير ـ تبرر المطالبة بوقف هذه المنازعـة أو الادعاء ولو لم يلحقهم ضرر محدد نتيجة ذلك «[١]» .

وعلى هذا النحو ، فمادام ثم اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أى وجه كان ، فمعنى ذلك ـ والاسم هو علامة الشخصية المميزة ـ المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعريضها أو احتمـال تعريضهـا للاختلاط بغيرها ؛ وذلك كله كاف ـ دون تحميل صـاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد «[٢]» ـ لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء ، مع عدم الاخلال ـ فضلا عن ذلك ـ بحقه فى التعويض اذا أثبت ترتب مثل هذا الضرر المحدد .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٥٩٥ ، و ٥٩٦ .

(٢) واذا كان القضـاء الفرنسي ـ فى حال قيام مؤلف باصطناع اسم مستعار لنفسـه أو اطلاق اسم على احدى شخصيات قصصه او رواياته يكون هو نفس اسم أحد الأشخاص الحقيقيين فى الحياة ـ يبدو فى بعض أحكامـه (راجـع فى هـذه الأحـكـام :
(Mazeaud, op. cit., t. I, pp. 547-551
محملا صاحب الاسم الحقيقى بعبء اثبات ضرر يصيبه من جراء ذلك ؛ فلا يجب ان يستخلص من ذلك ـ كما يذهب البعض Mazeaud, op. cit., No. 565 ـ أن حماية الاسم فى هذه الحالات مرتهنة ـ كقاعدة عامة ـ باثبات ضرر من استعمال الغير له . وانما ترتهن هذه الحماية بما يحمله هذا الاستعمال من خلط واقع أو محتمل ، بحيث يظل الأصل على حالـه من كفايـة ذلك ـ دون حاجة الى اثبات ضرر محدد ـ للمطالبة بحماية الاسم ووقف هذا الاستعمال . أمـا حيث يتعذر أو يستحيل حصول أو احتمال الخلط نتيجة هذا الاستعمال لتباين الظروف بما يباعد بين الشخصين او كون الاسم من الأسماء العاديـة الشائعة التى ليست لها دلالة خاصـة مميزة ، فلا تتـأتى الحمـاية حينئذ الا باثبات وقوع ضرر محدد يبرر المطالبة بوقف الاستعمال وبالتعويض كذلك (انظر فى هذا المعنى :
Capitant, op. cit., No. 133. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, p. 1178.
وقارن : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 116, pp. 144, 145
, — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 908.

ويبـدو أن المشرع المصرى ينظر هذه النظرة الى حقـوق الشخصيـة عامة «(١)» والحق فى الاسم خاصة باعتباره أحدها • فالمـادة ٥٠ من التقنين المدنى تنص على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمـة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عمـا يكون قد لحقـه من ضرر » • وتطبق المـادة ٥١ نفس القاعدة على الاسم ، فتقول « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عمـا يكون قد لحقـه من ضرر » • وبذلك يجمع صـاحب الاسم «(٢)» وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال :.الأولى ، هى المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعليق على وقـوع ضرر • والثانيـة ، هى المطالبـة بالتعويض ، وهذه لابد فيها من وقوع ضرر من جراء المنازعة أو الانتحال •

والمقصـود بالمنازعة اعتراض الغير على حق شخص معين فى التسمى بالاسم الذى يحمله وبالتالى على استعماله له ؛ فاذا لم يكن لهذه المنازعة مايبررهـا ، كان لصـاحب الاسم المنـازع فيه المطالبـة بوقفهـا وتأكيد اعلان حقه فى اسمه ولو لم يترتب عليها ضرر محدد به لأن فى مجرد المنازعة معنى انكار ذاتية الشخص والمساس بشخصيته ، وله ــ اذا ترتب على مثل هذه المنازعة ضرر ــ المطالبة فضلا عن ذلك بالتعويض عنه •

وأما الانتحال ، فيقصد به تسمى الغير باسم شخص معين واستعماله له دون حق ، ففى ذلك مساس ظاهر بشخصيـة صـاحب الحق فى الاسم واشاعة للخلط بينه وبين المنتحل ، مما يبرر لذاته ــ ودون توقف على ترتب

---

(١) انظر سابقا ص ٥٩٥ و ٥٩٦ •

(٢) يبدو أمام ماللاسم كلقب من طبيعة مزدوجـة فردية وعائليـة ، انه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبـة بحماية اللقب ضد أى منازعة أو انتحال من قبل الغير .

(انظر : Capitant, op. cit., No. 133, p. 178. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 116, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, pp. 1177, 1178).

ضرر — المطالبة بوقف هذا الانتحال ،أما اذا ترتب عليه ضرر فيكون له — فضلا عن ذلك — اقتضاء تعويض عنه . ومادام الانتحال هو ادعاء اسم لاحق للمنتحل فيه ، فيخرج اذن من صور الانتحال حالة تشابه الأسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله انما يكون مستعملا لاسمه هو وبمقتضى حقه فيه فلا يعد منتحلا لاسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله ، بل كل ما يملكه — اذا أراد توقى الخلط — أن يضيف الى اسمه مايميزه عن سميه ، الا اذا كان هذا الأخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر «١» المادى أو المعنوى على الأول فيكون للمضرور المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسئولية التقصيرية .

٢٨٩ — خصائص الاسم

قلنا ان الاسم له طبيعة مزدوجة ، فهو حق من حقوق الشخصية من ناحية ، وهو واجب على الشخص من ناحية أخرى . وكل من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة تتفق معها .

(ا) الخصائص المتفرعة على اعتبار الاسم حقا من حقوق الشخصية :

اعتبار الاسم حقا من حقوق الشخصية يعطى له صفات الشخصية من عدم القابلية للتصرف والتقادم .

١ — عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité) : مادام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعى أن يكون لصيقا بالشخص ، وأن يمتنع لذلك التصرف فيه سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية أو تخويل

---

(١) أنظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٣٧ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٣١ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٤٣ ، ص ٧٢ .

الغير حق استعماله «١» . وهذه الخاصة التى يتصف بها الاسم ، تتفرع كذلك على مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الارادة المطلقة «٢» .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف فى الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيتحدد مدى هذا المبدأ اذن بهذا الغرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم فى غير هذا الغرض من تمييز الأشخاص ، فليس ثم ما يمنع من التصرف فيه أو التنازل عنه أو الترخيص للغير فى استعماله «٣» .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق فى اطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية فى رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبى أو فنى «٤» .

---

(١) ومع ذلك ، فتعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة فى الاستمرار فى التسمى بلقبه واستعماله بعد الطلاق .
(Civ. 20 février 1924, cité par Mazeaud, op. cit., p. 456) .
واذا كان هذا القضاء يبدو مناقضا لمبدأ عدم قابلية الاسم للتصرف مما يحمل بعض الفقهاء على انتقاده
(Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 111. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 948, p. 1170).
؛فيبدومن الممكن ـ رغم ذلك ـ تبريره وتأييده فى حال ما اذا كانت الزوجة تمارس تحت هذا اللقب نشاطا ادبيا أو فنيا أو تجاريا معينا بحيث تعرف وتكتسب ثقة الجمهور فى هذا النشاط به ، اذ لايعنى هذا الاذن تخويلها الاستمرار فى استعماله كاسم مدنى كما كان عليه الحال وقت الزوجية ، وانما تخويلها مجرد استعماله ـ بعد الطلاق ـ كاسم مستعار أو اسم تجارى وهو تخويل ممكن ومشروع (فى هذا المعنى :Mazeaud, op. cit., t. I, p. 546)

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 148. Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1180.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

(٤) Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وانظر سابقا ، ص ٥٩٦ .

وكذلك يكون للشخص الذى ينشىء مالا معينا يحمل اسمه ـ كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة اختراع ـ ، التنازل للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . اذ تكون للاسم وظيفتان مختلفتان ، تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى . واذا كان مستحيلا التنازل عن الاسم المدنى لاستحالة التنازل عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن التنازل عن الاسم التجارى مادام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وبهذا التنازل ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته«[١]» .

٢ ـ عدم القابلية للتقادم (imprescriptibilité) : مادام الحق فى الاسم لصقيا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر ، لايكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله واستعماله له «[٢]» . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لايفقد صاحبه ولافروعه من بعده حق

(١) انظر فى التنازل عن الاسم التجارى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, pp. 149-151. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 912. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1180. — Nerson, thèse précitée, No. 185, p. 402.

(٢) ولكن فى غير أحوال الانتحال ، يبدو أن القضاء الفرنسى يدخل فى اعتباره عامل المدة واستطالتها مايجاوز قرنا من الزمان لاستخلاص اكتساب حق فى الاسم ، طالما كان استعماله ـ طوال هذه المدة ـ علنيا ومستقرا دون منازعة وبحسن نية (انظر فى الاشارة الى هذا القضاء :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 118. — Marty et Raymond, op. cit., t. I, No. 956, pp. 1180, 1181. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 558).

وأيا كان الراى فى مثل هذا القضاء فى القانون الفرنسى ، واعتباره من قبيل التقادم المكسب للاسم او من قبيل حيازة الحالة (Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1181)، فيبدو ـ وفرض الالقاب أمر =

استعادته واستعماله مهما طالت مدة اهماله .

وواضح أن عدم القابليـة للتقادم يقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالـة . أمـا الاسم التجـارى وثم قيمة مالية له ، فليس مايمنع — والتصرف فيه جائز — من اكتسابه كذلك أو فقده بالتقادم «١» .

(٢) الخصائص المتفرعة على اعتبار الاسم واجبا : قلنا ان الاسم — فضلا عن اعتباره حقا — يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضـا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قـابل للتغيير والتعـديل بارادة صـاحبه وحده من ناحية أخرى .

١ — ضرورة الاسم لكل شخص : قلنا ان الصـالح العـام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين — مكون من اسم شخصى ولقب — ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الأفراد . ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلاماتها الضرورية ، بحيث لايتصور تخلفـه عند أحد من الأفراد ، ولهذا يقتضى قـانون المواليد والوفيات ذكر اسم المولود عند التبليغ عن ولادته .

٢ — ثبـات الاسـم وعـدم تغييـره بمحض الارادة واستقـلالهـا : اعتبـار الاسم واجبا ، يجعلـه غير قابل للتغيير والتعـديل بمحض ارادة الشخص وحده ، والا انقلبْ الغرض من فرضه وكثر فى شأنه الادعـاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الأشخاص ، مما ينعكس أثره السىء على استقرار المعاملات فى الجماعة . من أجل ذلك ، يخضع تغيير الاسم دائما

= مستحدث فى القانون المصرى ولم يصدر بعد التشريع المنظم لكيفية اكتسابها — انه يمكن الاعتداد بمضى المدة لاثبات اكتساب لقب معين ابتداء مادام ذلك لا يحمل مظنة الانتحال وسوء النية . وامـا اكتسـاب لقب جديد على خلاف لقب مكتسب من الأصل ، فيبدو غير جائز عن طريق التقادم ومضى المدة ، طالما المشرع يفرض اجراءات معينة واجبا اتباعها لتغيير الأسماء والالقـاب وتعديلهـا .

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 558, p. 541

لاجراءات معينـة يتطلبهـا القانون لضمان جدية التغيير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغيير من تحايل أو انتحال •

والاعتبارات التى قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كوقوع خطأ فى تحريره عند القيد فى سجل المواليد ، أو الاشتهـار فى الجماعة بغيره من الأسمـاء ، أو الرغبـة فى تفـادى مايسببه لصـاحبه من عنت وحرج اذا كان فيه ما يحمل على الهزء والسخرية ، أو الرغبـة فى مسايرة تغيير صـاحبـه لدينه •

وقد كانت اجراءات تغيير الاسم فى القانون المصرى طويلة ، حيث كان من الواجب استصدار اعلام شرعى بالتغيير ، ثم مقاضـاة وزارة الصحـة لالزامهـا باجراء التغيير فى سجلات المواليد • غير أن القـانون رقم ١٣٠ لسنـة ١٩٤٦ الخـاص بالمواليد والوفيـات ، والقـانون رقم ٦٢٧ لسنـة ١٩٥٣ الصـادر بتعديل المـادة ٣٢ منه ، قـد يسرا هذه الاجراءات على طالبى التغيير • فأصبح يكفى الآن تقديم طلب الى المديرية أو المحافظة لتحيله بعد التحرى الى وزارة الصحـة العمومية ، التى تنشر عنه ـ ان رأته جائز القبول ـ بتعليق اعلان به لمدة خمسة عشر يوما على باب القسم أو المركز أو على باب العمدة فى الجهة التى حصلت فيها الولادة ، وتكلف الطالب بنشر الاعلان فى احدى الجرائد اليوميـة • فاذا لم تقدم معارضـة فى الطلب خلال الخمسـة عشر يوما التاليـة للنشر ، أو قدمت معارضـة «[1]» ورأت الـوزارة بعد التحقيق عـدم

---

(١) تتصور هذه المعارضة عادة من الشخص الذى يرى فى هذا التغيير انتحالا لاسمه او مظنه للخلط بينه وبين طالب التغيير . اذ يكون له ، بمقتضى حقه فى الاسم ومايخوله من حق المطالبة بوقف انتحالـه أو المنـازعـة فيه ، الاعتراض على تغيير الغير لاسمه الذى يقصد منه ذلك . فهذه المعارضـة اذن ليست الا امتدادا لحماية القانون للاسم من كل انتحال .

(انظر : Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 955, pp. 1178, 1179) .

صحتهـا ، يعرض الأمر على لجنـة مشكلـة لذلك «١» ، فاذا وافقت اللجنـة على قبول الطلب ، أجرى قيـد التغيير المطلـوب على هامش دفتر المـواليد .

٢٩٠ ــ اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الأصلى ؛ سواء كان هذا الاسم الطارىء « اسم شهرة » (surnom) يخلعه عليه الجمهور، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » (pseudonyme) الذى يختاره الشخص ويخلعه على نفسه فى بعض نواحى نشاطه كالنشاط الأدبى أو الفنى . وبذلك يتميـز اسم الشهـرة عن الاسم المستعـار من ناحيـة المصـدر وناحية النطاق على حد سواء ، اذ يصدر الأول عن الجمهـور بينما يصـدر الثانى عن الشخص نفسه ، ويستوعب الأول كامل شخصية الفرد ونشـاطه بينما يقتصر الثانى على وجه معين دون غيره من أوجه هذا النشاط «٢» .

واذا كان اسم الشهرة لايخضع من حيث اطلاقـه لتحديد أو تنظيم معين لأنه يصـدر عن الجمهـور وما تجرى به عادته ، فـواضح أن الاسم المستعار ــ على خلاف ذلك ــ يجب أن تقيد حرية اختياره حماية للغير ومنعا للغش . فحرية اختيار الاسم المستعـار تتقيد بالضرورة باحترام اسم الغير وتجنب انتحالـه ؛ ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخـاذ اسمه اسما مستعارا له «٣» ، لما يحمله ذلك من معنى وقـوع أو احتمـال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فيبدو أن القضـاء الفرنسى يترخص فى حماية الاسم المستعـار ولو كان مطابقا لاسم شخص آخر اذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تأكد به وجه من أوجه نشـاط

---

(١) هذه اللجنة مشكلة من مدير القسم المختص بوزارة الصحة العمومية وأحد وكلاء النائب العـام وعضو من الشعبة المختصـة بمجلس الدولـة .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 129. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 960.

(٣) الا أن يرخص له فى ذلك ؛ انظر سابقا ، ص ٧٦٢ .

صاحبه واكتسب ثقة الجمهور تحته «١» ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة فى هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذى الشأن طوال هذه المدة . ولكن مثل هذا القضاء لايجب تأييده على اطلاقه «٢» ؛ فينبغى أن لايكتفى بعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساسا — فضلا عن ذلك — بترتب أو عدم ترتب خلط بين الشخصين وبحسن نية صاحب الاسم المستعار : فاذا كان الأصل أن مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظرا لاقتصار الاسم المستعار على وجه معين من أوجه نشاط صاحبه ، الا أنه مع ذلك متصور اذا كان صاحب الاسم الأصلى يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك اذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقته لاسم أصلى لشخص آخر مما يريد فى تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة اذا كان يعلم بهذه المطابقة، خاصة اذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين .

وعلى أى حال ، فاذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فان القانون يحمى حقه فى استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله ؛ بحيث يكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا الى اسمه الأصلى ، أو بالاسم المستعار وحده فى وجه النشاط الممارس تحته وخاصة اذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقى ؛ ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الأقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما «٣» .

---

(١) Paris, 18 juillet 1949, cité par Mazeaud, op. cit., t. I, p. 551

(٢) قارن مع ذلك :
Planiol, Ripert et Savaiter, op. cit., t. I, No. 130. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 564. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 961.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 962.

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعـار ــ على خلاف الاسم الأصلى ــ تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب «[١]» .

٢٩١ ــ الاسم التجارى

قد يستخدم التـاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحله التجارى ، وهو ما يطلق عليه «الاسم التجارى» (le nom commercial) ، ويدخل فى تكوينه الاسم المدنى كعنصر أساسى اذا كان التاجر فردا «[٢]» .

ومادام الاسم التجارى على هذا النحو ليس علامة مميزة للحالـة وللشخصية فى ذاتها بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله التجارى ، فتثبت له ــ كالمحل التجارى ــ صفة ماليـة ، مما يباعد بينه ــ فى الخصـائص ــ وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصقيا بالشخصية ، ولذلك يكون ــ على خلاف الاسم المدنى ــ قابلا للتصرف وللتقـادم «[٣]» .

ولكن اذا كان الاسم التجـارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لايجوز معه التصرف فيه « تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له » «[٤]» ؛ وهو مايؤدى كذلك الى حمايـة الجمهور من اللبس والتضليل «[٥]» .

---

(١) Marty et Raynaud, ibid.

(٢) مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٩٩٧ .

(٣) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .

وانظر سابقا ، ص ٧٦٣ و ٧٦٤ .

(٤) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسمـاء التجارية .

(٥) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٨ .

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجارى ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتأكيدا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم — او للعنصر الأساسى فيه — كاسم مدنى ، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى مايفيد منع هذا الاختلاط كسبقه أو اردافه بكلمة « خلف » أو « خلفاء » أو « محل سابق » ؛ ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون «(١)» .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تعسفه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما «(٢)» .

وعلى أى حال ، فالقانون يحمى الاسم التجارى ، ويخول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما قد يترتب على ذلك من ضرر . واذا كان الأصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، الا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة «(٣)» .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 150. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

(٢) Plniol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٦ .

وانظر المادة ٣ من قانون الأسماء التجارية التى تقضى بأنه « . . . اذا كان التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم التجارى المقيد فى السجل ، وجب عليه أن يضيف الى اسمه بيانا يميزه عن الاسم السابق قيده » .

المطلب الثالث

الموطن (١)
Le domicile

٢٩٢ ــ اهمية الموطن وتقسيمه

اذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فان الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه . فالمقصود بالموطن المقر القانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » (la demeure) الذى قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقته ، كفندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لايمكن اعتباره فى نظر القانون مقرا ثابتا له فى علاقاته مع غير من الأشخاص .

وتبدو أهمية وجود موطن للشخص فى أنه يصبح المقر الذى يعتد القانون بكل مايتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى .

---

(١) راجع فى ذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 102 - 110. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, thèse précitée, Nos. 17 - 21. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 663 - 673. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos 967 - 984. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 920 - 977.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٦ ــ ١١٦ . ــ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٥٦ ــ ٢٦٥ . ــ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٣١ ــ ١٥٠ . ــ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق فقرات ٢٠٥ ــ ٢٢٩ . ــ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرات ٧٦ ــ ٨٩ .

فالأوراق القضـائية مثلا تعلن الى الشخص فى موطنه (م ١١ مرافعات) • ودعاوى الحقوق الشخصية أو المنقولة ، يكـون الاختصـاص بنظرهـا للمحكمـة الواقع فى دائرتهـا موطن المدعى عليه (م ٥٥ مرافعات) • وشهر الاعسـار يكون بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعهـا موطن المدين (م ٢٥٠ مدنى) • وشهر الافلاس يكون من اختصـاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر (م ١٩٧ تجارى) • والوفاء بالالتزامات التى ليس محلهـا شيئا معينا بالذات ، يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م ٢٤٧ مدنى) • وبعض العقـود أو التصرفات ، تجب مباشرتهـا فى موطن المتصرف أو أحد المتعاقدين : فعقد الزواج يتم أمام المأذون الواقع فى دائرته موطن الزوجة ، والطلاق يصدر أمام المـأذون الواقع فى دائرته موطن الزوج «١» •

والموطن اما موطن عـام واما موطن خاص • ويقصد بالموطن العـام المقر الذى يعتد به القانون بالنسبة الى نشـاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عـام • أمـا الموطن الخاص ، فيقصد به المقر الذى يعتد به القانون فى شـأن بعض علاقات أو أعمـال أو أوجه نشـاط معينة للشخص على وجه التحصيص • فنعرض أولا للموطن العـام ، ثم للمـوطن الخـاص وأنـواعـه •

§ ١ ـ الموطن العـام

Le domicile général

٢٩٣ ـ تراوح تحديد الموطن العـام بين الاختيار والالزام

قلنا ان الموطن العام هو المقر القانونى للشخص الذى يعتد به فى شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عـام دون تخصيص أو تعيين • والأصل أن

---

(١) وانظر كذلك فى دور واهمية الموطن من ناحية القانون الدولى الخاص:
Niboyet, Quelques considérations sur la détermination et le rôle du domicile en matière internationale; Etudes Capitant, pp. 549 - 568. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 140 bis.

الشخص يختار بارادته المكان الذى يعطيه القانون صفة الموطن العام ؛ فاذا كان القانون مثلا يعتبر الموطن العـام هو محل الاقامـة العاديـة المستقرة ، فان الشخص هو الذى يتخير بارادته المكان الذى يقيم فيـه بصفـة عاديـة مستقرة . غير أن الموطن العـام ليس دائما اختياريا ، فقـد يفرض القانون استثنـاء لبعض الأشخـاص موطنـا عاما لا دخل لارادتهم فى اختيار مكانه . فنعرض للموطن الارادى أو الاختيارى ، ثم للموطن القانونى أو الالزامى .

٢٩٤ — الموطن الارادى او الاختيـارى

يتراوح تحديد الموطن الارادى أو الاختيارى بين تصويرين مختلفين أحدهما واقعى والآخر حكمى ؛ وقد انحاز المشرع المصرى الى التصوير الواقعى .

١ — التصوير الواقعى والتصوير الحكمى ((١)) :

تختلف الشرائع فى تحديد الموطن العام الارادى أو الاختيارى تبعـا لاختلافها على تصويره . وفى هذا الصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن: تصوير واقعى ، وتصوير حكمى . أمـا التصوير الواقعى فيعتد بالواقع فى العمل من وجود اقامة فعليـة مستقرة للشخص ، فيحدد المـوطن بأنه محل الاقامـة المعتادة المستقرة . وأمـا التصوير الحكمى فيفصل بين الموطن وبين الاقامـة الفعليـة ، ويقيم — دون اعتداد بحقيقـة الواقع — رباطا صناعيا مفروضـا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة اما بمحل الميلاد واما بالمركز الرئيسى لأعماله ولو لم يقم فيه اقامة معتادة .

---

(١) انظر فى ذلك :

Josserand, op. cit., t. I, No. 236, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 569, 570.

(ا) آثار اختلاف التصويرين : تترتب على اختلاف تحديد الموطن وتصويره تصويرا حكميا أو واقعيا نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الموطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده .

١ — فمن حيث ضرورة الموطن ، نرى أن التصوير الحكمى يحتم أن يكون لكل شخص موطن ، اذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين . فمثلا فى القانون الفرنسى يكون لكل شخص فى المبدأ موطن أصلى يكتسبه بالولادة هو موطن أبويه ، أو يكتسبه بتعيين وصى عليه فيكون هو موطن وصيه . وعند بلوغ سن الرشد ، يختار الشخص لنفسه عادة مركزا رئيسيا للأعمال يحل محل موطنه الأصلى ؛ فان لم يفعل ، يفترض حينئذ أنه ظل محتفظا بموطنه الأصلى ولو كانت كل صلة له به منقطعة «١» ، فلا يتصور اذن فى هذا التصوير وجود شخص دون موطن . أما التصوير الواقعى ، فهو على العكس من ذلك يسلم بامكان انعدام الموطن ، ذلك أنه مؤسس على الاقامة العادية المستقرة ، فاذا تخلفت فى الواقع هذه الاقامة لدى شخص من الأشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ — اما من حيث وحدة الموطن او تعدده ، ففى التصوير الحكمى لا يكون الموطن الا واحدا ، لأن تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسى لأعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لأن المركز الرئيسى — حتى بين مراكز متعددة — لايتصور الا أن يكون دائما واحدا «٢» . أما فى التصوير الواقعى فليس من الحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال اقامته العادية المستقرة .

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 160. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 573. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 981. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 922.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 141. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 984. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 926.

٢٩٨ ـ موطن ناقص الاهليــة فى شان مايعتبر اهلا لمباشرته من تصرفات

اذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن فى حكمه من عديمى الأهليــة وناقصيهــا عموما هو موطن من ينــوب عنه من ولى أو وصى أو قيم ، مرده عــدم قدرته على تولى شئونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتفى الحكمة من فرض هذا الموطن الالــزامى ـ كمــا سبق البيان ـ حيث يقرر القانون لناقص الأهليــة ـ خــروجــا على الأصل العــام ـ أهليــة أداء كــاملــة فى مبــاشرة بعض أعمــال وتصرفــات قانونيــة معينة . لذلك يكون من الطبيعى أن يتحدد له ـ فى شــأن هذه الأعمال والتصرفات ـ موطن خــاص غير موطنــه العــام وهو مــوطن وليه أو وصيه أو القيم عليه ، يتحدد تحديدا اراديا من جانبه وغير مفروض عليه ؛ سواء بمحل اقامته المعتادة وهــذا هو الأصل ، أو بمحل مبــاشرة مايكون مأذونا به من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيــذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهلا لمباشرته . فحكمه اذن من حيث الموطن ـ فى الحدود الاستثنائيــة المعترف له فيهــا بالأهليــة ـ هو حكم الشخص كامل الأهليــة .

ولذلك تنص المــادة ٢/٤٢ من التقنين المدنى على أن « ... يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . واذا كانت هذه المــادة تحيل أساسا على مايقرره القانون من أهليــة القاصر البــالغ ثمانى عشرة سنة أو السفيه وذى الغفلة المحجور عليه فى شأن ما يؤذن فيه من أعمــال الادارة «[1]» ، ومن أهليــة القــاصر البــالــغ ثمــانى عشرة

= الواقع هو ان المطعون عليه اعلن بتقرير الطعن فى مكان وظيفته باعتباره مامورا لاصلاحية الرجال مخاطبا مع احد الموظفين لغيابه مع ان الدعوى اقيمت عليه بصفته الشخصية ، فان هذا الاعلان يكون قد وقع باطلا » .

(١) تنص المــادة ١١٢ من التقنيين المدنى على انه « اذا بلغ الصبى المميز =

للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير »[1] ، الا أنه يمتاز بأساسه الواقعى ونتائجه العملية • فهو من ناحية يربط الموطن بالاقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ؛ وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع فى العمل من امكان تعدد الموطن أو انعدامه •

(٣) موقف القوانين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين فى الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر • وقد كان القانون الفرنسى — منذ مطلع القرن الماضى الى اليوم — المثل البارز على الشرائع التى تأخذ بالتصوير الحكمى للموطن ، فقد حدده بأنه المركز الرئيسى لأعمال الشخص ونشاطه • غير أن القضاء الفرنسى — أمام مجافاة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية — ما لبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الموطن خاصة ، فأقام نظرية « الموطن الظاهر » (Le domicile apparent) »[2] ، التى بمقتضاها يصح اعلان الشخص بالأوراق القضائية فى الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه واقامته ، كما يصح اختصامه أمام المحكمة الواقع فى دائرتها هذا الموطن ، ما دام المعلنون أو المختصمون حسنى النية مخدوعين فى هذا الموطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقى أى المركز الرئيسى لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى •

ويتبع القانون المدنى الالمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل الاقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده (م ٧) • وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، اذ يقرر بعض فقهائها أنه « يجوز أن يكون

---

(١) فى هذا المعنى :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 591, p. 557.

(٢) انظر فى ذلك :
Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 669, pp. 515, 516. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 164. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 578.

الموطن الأصلى واحدا أو أكثر من ذلك ، بأن كان (للشخص) أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ، ولم يكن من نية أهله الخروج منها وان كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنــة ، حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيهــا أهلــه ودخل فى أية بلدة من البلاد التى فيهــا أهلــه ، فيصير مقيما من غير نية الاقــامــة «(١)» .

ويبدو أن ظهور أفضلية التصــوير الواقعى على التصوير الحكمى للموطن ، بدأت تحول الاتجــاه نحوه حتى عند فقهــاء القــوانين التى تأخذ بالتصوير الحكمى ، مما كان له أثره فى المشروع التمهيدى الذى يعد الآن لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى ، فقد عدل هذا المشروع عن مسايرة حكم التقنين الحالى فى تحديد الموطن بالمركز الرئيسى للأعمال الى تحديده فى المبدأ بمحل الاقامــة الرئيسى «(٢)» .

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ ــ ١٠٥ ، مشار اليه فى مجموعة الأعمــال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

(٢) تنص المــادة ٢٢٤ من المشروع على ماياتى :

« Le domicile de toute personne physique est au lieu où elle a, en fait, sa résidence principale ».

ولكن المشروع يجعل محل مبــاشرة النشــاط المهنى الرئيسى موطنــا احتياطيــا عند عدم امكان تحديد الاقامة الرئيسية على وجه مؤكد ، اذ ينص فى المــادة ٢٢٥ على ماياتى :

« Lorsque la résidence principale ne peut être établie avec certitude, le domicile est au lieu où s'exerce l'activité professionnelle principale ».

أنظر فى مناقشــات لجنة التنقيح التى وضعت المشروع فى هذا الصدد:
Travaux de La Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 121 et s.

وعلى أى حال ، فاذا كان هذا المشروع يأخذ فى المبدأ بالتصوير الواقعى ، الا انه يرفض ــ فيما يبدو ــ بعض نتائجه من تعدد الموطن ، بتحديده الاقامة مناطه بالاقامة الرئيسية وحدها . ولايعنى تقريره موطنا مهنيا لأصحاب المهن أو الحرف فى محل مباشرة المهنة أو الحرفة الرئيسيه وفيما يتعلق بشئونهــا (م ٢٢٩) انه يأخذ بتعدد الموطن ويهجر مبدأ وحدته كما تذهب الى ذلك مذكرته الايضاحية . (Avant - projet du code civil, 1ère partie, 1955, p. 88)

؛ اذ هذا الموطن مجرد موطن خاص والتعدد المقصود هو تعدد الموطن العام =

٢ ـ اخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى :

كان موقف القانون المصرى ــ فى ظل التقنينات القديمة ــ مبهما فى شأن تحديد الموطن وتغليب أحد التصويرين على الآخر ، فمن ناحية ، كانت لائحة المحاكم الشرعية تساير التصوير الواقعى للموطن المقرر فى الشريعة الاسلامية ، اذ عرفته بأنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » . ومن ناحية أخرى ، كان يوجد ــ فى النسخ العربية الرسمية لتقنينى المرافعات المختلط والأهلى ــ تعليق مدرج تحت المادة الثالثة منهما ، يتضمن تعريفا للموطن بأنه « المركز الشرعى المنسوب للانسان الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ماعليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام وان لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لايجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » . ولكن يبدو أن القضاء المصرى قد اتجه فى مجموعه «[1]» الى الاستناد الى التعريف الأخير ــ رغم أنه غير متضمن فى

= ويبدو أن موقف هذا المشروع ليس بالفريد . فالقانون السويسرى يأخذ كذلك بالتصوير الواقعى للموطن حيث يعرفه بأنه المكان الذى يقيم الشخص بنية الاستقرار فيه (م ١/٢٣) ؛ ثم لايلبث ــ رغم ذلك ــ أن يستبعد تعدده ويفرض وحدته ، حيث يقرر انه لايجوز لأحد ــ فيما عدا المنشأة الصناعية أو التجارية ــ أن تكون له عدة مواطن فى نفس الوقت (م ١/٢٣ و ٢) وهذا مايدعو بعض الفقهاء الى القول بأن نتائج التصوير الواقعى من امكان تعدد الموطن أو انعدامه هى نتائج تترتب عليه عادة وليس ضرورة (أنظر من ذلك ، عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، هامش ومتن ص ١٣٨) .

(١) ومع ذلك ، فيبدو ان محكمة النقض قد أخذت بالتصوير الواقعى والتصوير الحكمى معا بحيث يكون موطن الشخص فى محل سكنه أو محل عمله على السواء ، اذ قررت أن « ... المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز الشرعى المنسوب الى الشخص الذى يفترض انه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وانه موجود فيه دائما ولو غاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى ، كما يجوز أن يكون سكن الشخص الذى يعيش فيه ، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وايفاء ماعليه . واذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم المعلن اليه أو اقاربه الساكنين معه ، فان هذا معناه ان احكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حيث يكون الاعلان قد وجه الى مسكن المراد اعلانه ، وهو لايعنى بحال ان الشارع لم يرد بالمحل الا المسكن ، اذ لو كان ذلك مراد الشارع لنص على وجوب الاعلان فى المسكن بدلا من أن ينص على وجوبه فى =

نص له قوة التشريع ـ فى الأخذ بالتصوير الحكمى للمــوطن كمــا يفعل القانون الفرنسى • غير أن الضرورات العمليــة قد ألجــأت المحــاكــم المصرية الى الخروج فى بعض حالات عما يقررة هذا التصــوير من مبــدأ وحدة المــوطن «١» •

من أجل ذلك رأى التقنين المدنى الجديد « أن يرفع عن القضــاء هذا العنت ، فصور الموطن تصويرا واقعيا يستجيب للحاجات العمليــة ويتفق مع المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلاميــة » «٢» ، وما يأخذ به القــانون الألمــانى ، فنص فى المــادة ١/٤٠ على أن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » •

وبذلك انحاز القانون المصرى صراحة الى التصوير الواقعى للموطن حين جعل مناطه الاقامــة المعتادة • والمقصود بالاقامــة المعتادة ، الاقامــة الفعليــة بصفة مستقرة • وبذلك يتميز الموطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار • وليس يقصد بالاستقرار استمرار الاقامــة واتصــالهــا دون انقطــاع ، وانما يقصد به استمرارهــا على وجــه يتحقق معه وصف الاعتياد ولو تخللتهــا فترات غيبة وقتية متباعــدة أو متقاربــة «٣» • فالعبرة اذن فى تحديد الموطن تكون بما تدل عليه

= المحل ، مع الفرق الواضح فى مدلول اللفظين . وعلى ذلك، فلا يقدح فى صحة عمل المحضر كون المحل الذى قصده ليجرى فيه أعلان تقرير الطعن بالنقض، هو محل عمل المطعون عليه ، لامحل سكنه » (نقض اول مايو ١٩٤٧ ، مجموعة عمر ، ج ٥ ، رقم ١٩٣ ، ص ٤٢٤) .

(١) « ولذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٨ ، ب ٤٠ ص ٢٠٩ بأن « قاعدة وحدة الموطن لاتتعارض مع تعدد موطن التقاضى » ؛ وقضت فى مناسبة اخرى (١٢ مايو سنة ١٩٣٦ ، ب ٤٨ ، ص ٢٦٤) بأن ثمة «محل اقامة يمكن أن يشبه الموطن» (مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد، مجموعة الأعمــال التحضيرية، الجزء الأول، ص ٣٤٣) .

(٢) المذكرة الايضاحية ، مجموعــة الأعمــال التحضيرية للقــانون المدنى، الموضع السابق .

(٣) المذكرة الايضــاحية ، مجموعة الأعمــال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

ظواهر الحال من نيـة الاستقرار فى الاقامـة «١» .

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعى للموطن نتائجه المنطقيـة من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص ، فنص فى المـادة ٢/٤٠ من التقنين المدنى على أنه « ... يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كمـا يجوز ألا يكـون له موطن ما » . ومن هنا ، فكلما تعددت محال الاقامـة المعتادة المستقرة للشخص كلمـا تعدد موطنـه العـام ، بحيث يكون له موطن عـام فى كل هذه المحال ؛ كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن اقامـة معتادة فى مكان منفصل؛وكشخص يقيم اقامة معتادة فىالريف واحدى المدن معا «٢». وكذلك يتصور انعدام الموطن حيث لايوجد للشخص محل اقامة معتادة مستقرة «٣» ، كالبدو الرحل الذين لايقرون فى مكان معين .

(١) أنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة السادسـة ، رقم ٤٢ ، ص ٣٣٦ ، حيث يقرر الحكم مايلى : « حددت المـادة ٤٠ من القانون المدنى الموطن بانه هو المكان الـذى يقيم فيه الشخص عادة ، وهو تصوير واقعى لفكرة الموطن يرتكز على الاقامـة الفعليـة على نحو من الاستقرار يبلغ ان يكون عادة مع قيـام النية على ذلك ، وهو امر يستقل بتقديره قاضى الموضوع » .

وقارن : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

(٢) المذكرة الايضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١، ص ٣٤٢ .

(٣) واذا كانت هذه النتيجـة متفقة مع التصوير الواقعى للموطن ، فان أغلب التشريعات التى تأخذ به تتفادى عواقبهـا بتقرير اعتبار الموطن حينئذ هو محل الوجود . ولم يقرر المشرع المصرى قاعدة عامـة فى هذا الشأن (أنظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٢) . ولكن تقنين المرافعـات يقرر فى صـدد اعلان أوراق المحضرين انه « اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى مصر أو فى الخارج ، وتسلم صورتها الى النيابة (م ١١/١٤) . ويقرر كذلك فى صدد الاختصـاص انه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولاسكن فى مصر ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصـة على موجب الأحكام المتقدمـة ، يكون الاختصـاص للمحكمـة التى يقع فى دائرتهـا موطن المدعى أو سكنه . فان لم يكن له موطن ولاسكن ، كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م ٦٨) [انظر : احمد ابو الوفـا ، المرافعـات المدنيـة والتجارية ، الطبعـة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٢٨٧ وفقرة ٣٣٥] .

٢٩٥ – الموطن القانونى او الالزامى

واذا كان الأصل أن الشخص هو الذى يحدد بارادته المكان الذى يسبغ عليه القانون صفة الموطن العام ، فثم استثناء يرد على ذلك ، اذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذى يعتبر موطنا عاما بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين ، فيكون موطنهم قانونيا لا اراديا لأن القانون ينسبه اليهم دون توقف على ارادتهم فى تحديد مكانه ، ويكون الزاميا لا اختياريا لأن القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم .

والموطن القانونى أو الالزامى فى القانون المصرى هو الخاص بعديمى الأهلية وناقصيها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسب عوارض الأهلية من جنون وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ؛ فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون — بالنظر الى صغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم — موطنا الزاميا هو موطن من ينوب عنهم فى مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدنى أن «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » .

وواضح أن تحديد الأشخاص الذين يفرض القانون عليهم مثل هذا الموطن الالزامى على هذا النحو ، انما هو تحديد وارد على سبيل الحصر . ولذلك ، فالزوجة اذا لم تكن قاصرا بحيث يفرض عليها موطن الزامى هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديدا اراديا بمحل اقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الاقامة مع زوجها فى مكان واحد ، فان موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطنا الزاميا لها وانما باعتباره هو محل اقامتها المعتادة فعلا . ولذلك ليس مايمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، اذا كانت اقامتها المعتادة — لسبب من الأسباب

ـ فى غير مكان الاقامــة المعتادة لزوجهــا «١» • وكذلك ليس للخادم موطن الزامى هو موطن مخدومه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديــا بمحل اقامته المعتادة التى قد تكون ـ على حسب الأحوال ـ فى محل مستقل به أو فى نفس مسكن المخدوم أو ملحقاته •

وهذا الموطن القــانونى أو الالــزامى ـ كما هو ظاهر ـ موطن حكمى ، اذا لايعتد القانون فى شأنه بمحل الاقامــة المعتــادة للقــاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب كما يقضى الأصل ، وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا أى بمحل الاقامــة المعتادة لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل اقامة القاصر أو المحجور ؛ ويكون حتما غير محل اقامة المفقود أو الغائب • وقد راعى المشرع فى ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين ، نظرا لأنهم لايباشرون شئونهم أو نشــاطهم الارادى بأنفسهم ، بل يباشرها من ينــوب عنهم قانونا ، مما يوجب ـ مواجهة للواقع وتيسيرا للأمور ـ الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم •

واذا كان أساس فرض الموطن القانونى أو الالزامى هو انعدام أهلية الشخص أو نقصهــا أو غيبته أو فقده ، فان وجوده أو بقاءه مفروضــا عليه يكون مرتهنا اذن بتوافر أو استمرار هذا الأســاس • ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقــاصر أو المحجور بأهليــة أداء كاملــة فى صــدد بعض تصرفات معينة ، تنتفى الحكمــة ـ فى شــأن هذه التصرفــات وحدها ـ من فرض الموطن القانونى أو الالزامى ؛ ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور ـ فى شأنهــا ـ موطن خاص يتحــدد فى الأصــل بمحل اقامتــه

---

(١) فى هذا المعنى :
شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١١٢ . ـ عبد الحى حجازى ، المرجع السـابق ، ص ١٤٩ . عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السـابق ، فقرة ٧٦ . ـ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٦٥ . ـ عبد المنعم البدراوى، المرجع السـابق ، فقرة ٨٤ .

المعتادة ، بينما يبقى موطنه العـام ـ فيما عداها حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصـة ـ موطنـا الزاميـا محددا بمحل اقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك اذا زال سبب فرض الموطن القانونى أو الالزامى ، بأن بلغ القاصر سن الرشـد ، أو عـاد المجنون أو المعتوه أ والسفيه أو ذو الغفلة الى تمام العقل والادراك واستقامـة التقدير بزوال ماألم به من عارض أو ظهر المفقـود أو رجع الغائب ؛ فلا تبقى ثم حاجـة الى استمرار فرض موطن الزامى له ، اذ تكتمل له أو تعـود أهليته لا يعترضهـا عارض أو يعوقهـا مانع ، فيتحدد موطنه حينئذ ـ طبقـا للأصل ـ تحديدا اراديا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة .

§ ٢ ـ المـوطن الخـاص
Le domicile spécial

الى جانب الموطن العـام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة الى نشـاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عـام ، قد يوجد له مـوطن خـاص يكون مقره القانونى بالنسبـة الى أوجه نشـاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص ، وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنهـا . ونعـرض فيمـا يلى لأهم أنواع الموطن الخاص المقررة فى القانون المصرى .

٢٩٦ ـ الموطن السياسى او الانتخابى

عنى المشرع فى القانون رقم ٧٣ لسنـة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسيـة عناية كبيرة بتحديد الموطن الانتخابى الذى يباشر فيه الناخب حقوقه السياسيـة ، فجعله فى الأصل نفس موطنه العام ، ولكنه ـ مراعاة لظروفه من عمل أو أسرة أو مصلحة جدية ـ جوز له اختيار مـوطن خاص بدلا عنه لايرتهن أو يتحدد بمكان اقامته المعتادة ، اذ نص فى المـادة ١١ منه على أن « الموطن الانتخابى هو الجهـة التى يقيم فيها الشخص عادة . ومع ذلك ، يجوز أن يختار لقيد اسمه الجهـة التى بها محل عمله الرئيسى ، أو التى له بهـا مصلحـة جدية ، أو مقر عائلته ، ولو لم يكن مقيما فيها . ـ

وتبين اللائحة التنفيذية الطريقة التى يتم بها هذا الاختيار ومـوعده • ـ وعلى الناخب ، اذا غير موطنه الانتخابى ، أن يعلن هذا التغيير بالطريقـة التى تعين وفقـا للفقرة السابقـة » «١» •

٢٩٧ ـ الموطن التجـارى او الحرفى

تنص المـادة ٤١ من التقنين المـدنى على أن « يعتبـر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنـا بالنسبـة الى ادارة الأعمـال المتعلقـة بهذه التجارة أو الحرفة » • وبمقتضى هذا النص ، يسر المشرع المعاملات التجاريـة أو الحرفية ، فيجعل للتاجر أو صـاحب الحـرفـة موطنـا خاصـا بأعمال تجارته أو حرفته وحدهـا هو مكان مباشرة هذه التجارة أو الحرفة ؛ أما ماعدا ذلك من أعماله ومعاملاته ، فيكون الموطن فى شأنها هو موطنه العـام أى محل اقامته المعتادة على ماسبق من بيان •

ومثل هذا الموطن الخاص قاصر على من يباشر تجارة أو حرفـة وفى صـدد الأعمـال المتعلقـة بهـا • ولذلك فمن المسلم أنه لاينصرف الى الموظفين ، فلا يعتبر المكان الذى يباشرون فيه وظـائفهم موطنـا خاصـا لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة «٢» •

---

(١) وتنص المـادة ١٢ من نفس القانون على أن « يعتبر الموطن الانتخابى للمصريين المقيميين فى الخارج المقيدين فى القنصليـات المصريـة ، فى آخر جهة كانوا يقيمون فيهـا عـادة فى مصر قبل سفرهم . امـا المصريون الذين يعملون على السفن المصرية ، فيكون موطنهم الانتخابى فى المينـاء المقيدة به السفينة التى يعملون عليهـا » .

وتنص المادة ١٣ على ان « يعتبر الموطن الانتخابى لأفراد القوات المسلحة الموجودين فى الخدمـة العاملة ، فى آجر جهة كانوا يقيمون فيهـا عـادة قبل تجنيدهم . امـا الضباط ، فيكون موطنهم الانتخابى فى مقر عائـلاتهم ؛ ومع ذلك ، يجـوز لهم أن يختـاروا ـ لقيد اسمـائهم ـ الجهـات التى لهم فيهـا مصـالح جدية » .

(٢) أنظر نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعـة المكتب الفنى لأحكام النقض، السنة الثالثة ، رقم ٧٦ ، ص ٤٤٤ ، حيث يقرر الحكم أن « موطن الشخص ، كمـا عرفته المادة ٤٠ من القانون المدنى ، هو المكان الذى يقيم فيه عادة ، ومن ثم لايعتبر المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله موطنا له . واذن فمتى كان =

(٢) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقـابلان فى شـأن تحديد الموطن • ورغم مايحققه التصوير الحكمى من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الأعمـال الا نادرا على خلاف مايصيب محل السكن والاقامة من تغيير مستمر «١» ، فظـاهر ما فى هذا التصوير الحكمى من افتراض وتحايل مخالف للواقع «٢» • فضلا عن أن الأخذ به أصبح عسيرا فى العصر الحديث الذى كثرت فيه الأعمال وتشعبت وتعددت مراكزهـا بحيث بات يستعصى فى كثير من الأحيان الوقوف على المركز الرئيسى من بينهـا «٣» • ولذلك انتهى التصوير الحكمى الى نتائج غير مقبولة فى العمل ؛ بافتراضـه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد فى الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هـذا الافتـراض من التضليل بالغير حسنى النيـة ؛ وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص واضطراره فى سبيل ذلك الى انكار الـواقع والـزعم ببقـاء الشخص محتفظـا بموطنـه الأصلى ـ عند انعدام مركز رئيسى لأعماله ـ رغم انقطاع كل صلـة له به «٤» ، ورغم وجود أشخاص كالبوهيميين ليس لهم فى الواقع أى نوع كان من المـوطن حتى ولا موطن أصلى اكتسبوه عن آبائهم «٥» •

أما التصـوير الواقعى للموطن ، فرغم عدم ثباتـه ثبات المـوطن فى التصوير الحكمى نتيجـة ماقد يتعرض له محل الإقـامـة والسكن من تغيير مستمر ، ورغم ماقد يشجع عليه من تعمد هذا التغيير فى أى لحظة

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569.

(٢) Josserand, op. cit., t. I, No. 236.

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569.

(٤) Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 669.

(٥) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 140. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 923. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 981.

سنــة فى شــأن ماتأذنه المحكمــة من مبــاشرة التجــارة «[1]» ؛ الا أنه ينبغى النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذى أسلفناه من وجــوب تقــرير مــوطن خــاص لنــاقص الاهليــة فى شــآن الأعمــال والتصرفــات التى يعتبره القــانون كامل الأهليــة لمباشرتهــا ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالى فى شــآن كل الأحوال الأخرى التى تثبت لناقص الاهليــه فيهــا ـــ ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة ـــ أهليــة أداء كاملــة فى شــأن تصرفات معينــه ، كاهليــه القاصر البالغ السادسة عشرة للتصرف فيمــا يكسبــه من عملــه من اجر أو غيره «[2]» (م ٦٣ من قانون الولاية على المــال) ، واهلية القاصر للتصرف فيما يسلم له او يوضع تحت تصرفه عادة من مــال لأغراض نفقتــه (م ٦١ من قــانون الولاية على المــال) ، وأهليــة القاصر لابرام عقد العمل الفردى (م ٦٢ من قــانون الولايه على المال) . فناقص الاهليه « المأدون من قبل وليه أو المحكمــة أو نص القانون ، (يعتبر) كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه» (م ٦٤ و ٦٧ من قــانون الولاية على المــال) ، فيكون له ـــ فى شــأنه ـــ موطن خاص غير موطن وليه أو وصيه أو القيم عليه وهو موطنه العام .

٢٩٩ ـــ المــوطن المختــار

يقصــد بالمــوطن المختــار (Le domicile élu) المحل ـــ غير مكان

ـــ الثامنة عشرة من عمره ، واذن له فى تسلم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمــال الاداره الصادره منه صحيحة فى الحدود التى رسمهــا القانون » (انظر كذلك المواد ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٥٨ و ٥٦ من المرســوم بقانون رقم ١١٦ لسنه ١٩٥٢ باحكام الولايه على المال) .

وتقضى المــادة ٦٧ من قانون الولايه على المــال بأنه « يجوز للمحجــود عليه للسفه او الغفلة، باذن من المحكمة، أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها. وفى هذه الحالــة تسرى عليه الاحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون».

(١) تنص المادة ٥٧ من قــانون « الولاية على المال » على أنه « لايجــوز للقاصر ـــ سواء كان مشمولا بالولاية او الوصاية ـــ ان يتجر الا اذا بلغ الثامنــة عشرة من عمره واذنته المحكمة فى ذلك اذنا مطلقا او مقيدا » .

(٢) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ . ـــ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، نقرة ٨٤ ، ص ١٢٩ .

الاقامة المعتادة «[1]» ـ الذى تنصرف الارادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده ، ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو، يستوى أن يكون بالعقد أو بالارادة المنفردة. وقد نص القانون على هذا الموطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيد عمل قانونى معين » (م ٤٣/١ مدنى) .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيد عمل قانونى دون تأثر بتغير محل اقامة ذوى الشأن ، او تجنيب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين مقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا .

والأصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازيا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ، ماتقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه . وكذلك ماتقضى به المادة ٨٤ من تقنين المرافعات من أن « على الخصم الذى لايكون له وكيل بالبلد الذى

---

(١) هذا هو الأصل . ولكن قد يتخذ الشخص موطنا مختارا له فى نفس موطنه العام تجنبا مثلا لتغير محل تنفيذ التصرف نتيجة وفاته واحتمال تفرق أو ابتعاد مواطن ورثته ، أو لتصادف وجود موطنه العام فى نفس الدائرة التى يوجب القانون عليه اتخاذ موطن مختار فيها (Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 974. — Planiol, Ripert et Savatierop. cit. t. I, No. 166).
غير أن الواقع أن هذا الفرض لايناقض الأصل ؛ اذ طالما يظل هذا الموطن المحدد هو نفس الموطن العام فيكون فى حقيقته موطنا عاما لا مختارا ، ولايتحول الى موطن مختار الا منذ اختلاف مكانه عن مكان الموطن العام بتغيير الشخص محل اقامته أو بوفاته واختلاف محال اقامة ورثته عن محله المحدد .

به مقر المحكمة ، أن يتخذ له موطنا فيه »[1] .

وضمانا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الأعمال القانونية وحسما لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون اثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة أيا كانت قيمة العمل القانونى المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة ، اذ ينص على أنه « لا يجوز اثبات وجود الموطن المختار الابالكتابة » (م ٢/٤٣ مدنى) .

« والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة الى كل مايتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » (م ٣/٤٣) .

ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانونى المتعلق به ، بحيث يظل — على خلاف الموطن العام — موطنا مختارا ، فى شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته »[2] .

والأصل أنه لايتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانونى المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فاذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك ولزمت الكتابة لاثباته . ولكن يجوز لأحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر ، طالما يتم اعلانه به »[3] .

---

(١) تقضى المادة ١٢ من تقنين المرافعات بأن « من يلزمه القانون بيان موطن مختار له فلا يفعل ، أو يكون بيانه ناقصا أو غير صحيح ، يجوز اعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى كان يصح اعلانه بها فى الموطن المختار . واذا الغى الخصم موطنه المختار ولم يخبر خصمه بذلك ، صح اعلانه فيه . وتسلم الصورة عند الاقتضاء الى جهة الادارة طبقا للمادة السابقة » .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 173. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 972. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 980, p. 1201.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier; Ripert et Boulanger, ibid.

المبحث الثالث

النشـاط الارادى للشخصيـة
او اهليـة الأداء (١)

٣٠٠ ـ تعريف اهلية الأداء

اذا كانت الشخصية ثابتة لكل انسان ـ على مارأينا ـ بحيث يكون صالحا لأن يكون صاحبا للحق أو الالتزام ، الا ان توليد الحق والالتزام ومباشرته أو أداءه وانتاج الآثار القانونيـة بوجه عـام فى ذمة الشخص ، قد لايتأتى فى بعض الأحوال الانتيجـة نشـاط ارادى من جانبـه وقدرة معينةمن التمييزعندهأى نتيجةتوافرهعلىأهليةالأداء (La capacité d'exercice)

فأهلية الأداء اذن هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونيـة فى حقه وذمته ، أو قـدرته الارادية على

---

(١) راجع فى ذلك :

أحمـد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلـة القـانون والاقتصـاد ، السنة الاولى ، ص ٢٥٢ ومابعدها . ـ محمود سعد الدين الشريف ، الـولاية على مـال القاصر فى القـانون المصرى ، رسـاله ، القـاهرة ، ١٩٤١ .

عبـد الرزاق أحمـد السنهـورى ، نظرية العقـد ، ١٩٣٤ ، فقرات ٣٢٠ـ٣٣٧ ؛ الوسيط ، ج ١ ، فقرات ١٤٦ـ١٦٠ . ـ شفيق شحـاته ، المرجع السابق ، فقرات ٨١ـ١٠٥ . عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ـ١٢٤ . ـ سليمان مرقس، المرجع السابق ، فقرات ٢٢٤ـ٢٤٩ . ـ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، فقرات ٨٣ـ١٠٥ . ـ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٦ـ٨٨ . ـ محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٨١ـ١١٢ . ـ أحمـد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ١٣٧ـ١٥٥ . ـ أنـور سلطـان ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٦٠ـ٧٥ . ـ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ـ١٥٢ . ـ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرات ٩٠ـ١٢٣ . ـ عبد الفتاح عبد البـاقى ، المرجع السابق ، فقرات ٥٥ـ٧٤ . ـ اسمـاعيل غـانم ، المـرجع السـابق ، الطبعة الثانيـة ، ١٩٥٨ ، ص ١٨٧ـ٢١٧ .

انتاج الآثار القانونيـة فى حق نفسـه ؛ أو هى ـ بايجـاز ـ قدرته على اجراء التصرفات القانونيـة لحسـاب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطـاق أهلية الأداء ومناطهـا على السواء .

٣٠١ ـ نطـاق اهليـة الاداء

اذا كانت أهلية الأداء هى قـدرة الشخص على التعبير بنفسـه عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونيـة فى حقه وذمته ، فمعنى ذلك تحديد نطـاق أهليـة الأداء بالتصرفات القانونيـة وحدهـا وهو ما يوجب اخراج الوقائع القانونيـة من هذا النطـاق ، وبالتصرفات القانونيـة التى يباشرهـا الشخص لحسابه لالحسـاب غيره وهو مايوجب التمييز بين أهليـة الأداء والولاية على المـال .

(ا) اقتصـار اهليـة الاداء على التصرفـات القـانـونيـة :

مادامت أهلية الأداء هى صلاحية أو قدرة ارادية على انتاج أو توليد آثار قانونيـة ، فلا بد أن يتحدد نطاقهـا اذن بالأعمـال الارادية لا بالأعمال الماديـة ، أى بالتصرفات القانونيـة وحدها دون الوقائع القانونية «١» . فالتصرفات القانونيـة ـ كما سنرى ـ هى ارادة محضـة متجهة الى احداث أثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الأثر ويتحدد بالارادة مباشرة . أما الوقائع القانونيـة ، فليست الا أعمالا مادية يرتب القانون وحده عليها ـ حتى ولو كانت اختيارية ـ أثرا قانونيا معينا .

---

(١) والى ذلك يذهب جمهور فقهـاء القانون المصرى ، انظر :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش (١) ص ٢٦٩ . ـ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٨٤ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٤ . ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ و ١٨٨ . ـ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٩١ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ .

وانظر كذلك فى هذا المعنى فى الفقه الفرنسى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 795, 796.

ومادامت الآثار القـانـونيـة تترتب بارادة الشخص مبـاشرة فى التصرفات القانونيـة ، ولاتترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتـداد بوجود الارادة أو عدم وجودهـا ، فان قدرة الشخص على النشـاط الارادى الذى تعبر عنه أهليـة الأداء ، لاتتصـور اذن الا فى التصرفات القانونيـة حيث يكون للشخص سلطـة توليد الآثار القانونية بارادته مباشرة • أما حيث يتعلق الأمر بوقائع قانونيـة أو أعمـال مادية صـادرة عن الشخص ، فلا يتصـور القول بوجـود أهليـة أداء له فى شأنهـا ؛ ذلك أن أهليـة الأداء تفترض ــ على أى نحو فهم مدلولها ــ وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونيـة بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحيـة أو القـدرة فى شـأن أعماله المـادية ، اذ ليس قيامه بهـا ــ حتى ولو كان اختياريا ــ هو الذى يولد بذاته الآثار القانونيـة عليهـا ، بل الذى يـولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وارادته ؛ فان كانت ثمـة قـدرة على توليد الآثار القانونيـة بشـأن أعمـال الشخص المـادية ، فهى فى الواقع قدرة القـانون لا قدرة الشخص أو أهليته •

ولذلك يكون من التجوز مايذهب اليه بعض الفقهـاء «[1]» من بسط أهليـة الأداء كذلك على الأعمـال المـادية ؛ والقـول بأهليـة الصبى المميز للالتزام بالعمل غير المشروع ، استنادا الى ماتقرره المادة ١٦٤/١ من التقنين المدنى من أنه « يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعـة متى صدرت منه وهو مميز » ؛ أو القول بأهلية الصبى غير المميز للالتزام الناشىء عن الاثراء دون سبب ، استنادا الى ماتقرره المـادة ١٧٩ من التقنين المـدنى من أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ماأثرى به بتعويض

---

(١) شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقـرة ٨٢ • ــ شمس الـدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٤٩ ــ ٥٢ •

هذا الشخص عما لحقه من خسارة »(ويبقى هذا الاثراء قائما ولو زال الاثراء فيما بعد » • ذلك أن هذا الالتزام أو ذاك ، لم تولده فى حق الصبى المميز أو غير المميز قدرته أو ارادته حتى يمكن القول بتوافر أهلية الأداء عنده فى شأنه ، وانما ولده فى حقه القانون نفسه ، لأنه التزام ناشىء عن واقعة قانونية هى واقعة الفعل الضار أو الفعل النافع ، ولاقدرة للأشخاص بأنفسهم على توليد حقوق والتزامات أو آثار قانونية بوجه عام من الوقائع القانونية أو الأعمال المادية • فضلا عن أن القانون بذلك انما يحدد أساسا مدى أهلية وجوب الصغير المميز أو غير المميز «١» — على حسب الأحوال — من حيث الضيق أو الاتساع للالتزام الناشىء عن الفعل الضار أو الفعل النافع ، ولا شأن لذلك بأهلية أدائه ؛ فالأمر اذن هو أمر وجوب هذا الالتزام أو عدم وجوبه عليه ، لا أمر قدرته على توليده أو أدائه بنفسه •

(٢) التمييز بين اهلية الاداء والولاية : اذا كانت أهلية الأداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية ، فهى تعنى هذه الصلاحية أو القدرة من حيث انتاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الأشخاص؛ وهذا هو الفيصل بين أهلية الأداء وبين الولاية عموما أو على وجه الخصوص الولاية على المال • فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساسا ، بمقتضاها يقوم من له الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها فى حق أو مال المولى عليه • فالولاية اذن انما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه ولحسابه بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهلية أدائه أو وجود مانع من مباشرته اياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيث تثبت للولى سلطة القيام — بدلا عنه ولحسابه — بما يعجز عن القيام

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ ، ص ٨٤ •

به من تصرفات قانونيـــة بحيث تتصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذى أجراها .

٣٠٢ ـ منـاط اهليـة الأداء

اذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونيـــة ، فمقتضى ذلك وجوب توافر ارادة واعية بصيرة بما تتجه الى احداثه من أثر قانونى ، وهو مايتطلب كامل الادراك والتمييز عنـــد الشخص ؛ ولذلك يكـــون منـــاط أهليـــة الأداء هو كمـــال التمييز والارادة .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، لايجعل الناس متساوين فيهـــا لاستحالة تساويهم فى كمـــال التمييز والارادة وهو مناطها . ولذلك تتراوح أهليـــة الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصـــان والكمـــال تبعـــا لانعدام أو نقض أو اكتمـــال التمييز والارادة عند كل منهم . فلا تكون للفرد أهليـــة أداء كاملـــة الا اذا كان كامل التمييز والارادة ؛ أمـــا اذا كان ناقص التمييز والارادة أو عديمهمـــا ، فهو ناقص أهليـــة الأداء أو عديمهـــا .

واذا أردنا أن نربط بين أهليـــة الأداء وأهليـــة الوجوب والشخصية من حيث ثبوتهـــا للانســـان ، لوجب القول بأن كل انســـان تثبت له الشخصية ، ويكون له بمقتضى الشخصيـــة حد أدنى من أهليـــة الوجوب، فلا يتصور انســـان دون أهليـــة وجوب ولو قاصرة أو محدودة ؛ ولكن ثبوت الشخصيـــة وأهليـــة الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهليـــة أداء ، لأن مناطهـــا التمييز وقد يكون منعدما عنده .

وتحـــديد مناط أهليـــة الأداء على هذا النحـــو ، يتيح كذلك تمييز أهليـــة الأداء عما قد يشتبه بها من أوضـــاع تتعلق بعدم قابليـــة بعض الأموال للتصرف كالأموال العامـــة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف

فى بعض الأموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ؛ أو بحرمان بعض الأشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع فيها اذا كان النظر فى النزاع داخلا فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) ، وكحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلا لنفسه الشىء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة (م ١٠٨و٤٧٩ مدنى) . فكل هذه الأوضاع لاشأن لها بأهلية الأداء ، لأنها لاتترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الأشخاص «١» . وانما تترتب هذه الأوضاع لأسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الأداء ، كحماية تخصيص معين لبعض الأموال يقتضى منع التصرف فيها مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التى لاتنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ؛ أو كتنزيه القضاء وصيانة سمعته وتأكيد حيدته ؛ أو كحماية الأصيل من تحيز النائب اذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه .

واذا تحددت أهلية الأداء على هذا النحو من حيث النطاق والمناط ، فينبغى أن نعرض لأحكامها ، ثم لأحكام مايكملها — عند الانعدام أو النقص أو المانع — من الولاية على المال .

---

(١) انظر فى التمييز بين أهلية الاداء وهذه الأوضاع :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ . — شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٨٣ ، ص ٧٢. — عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ، فقرة ٨٦ . — محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٨٦ و ٨٧ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٨ .

المطلب الاول
احكـام اهليـة الاداء

٣٠٣ ـ انـواع التصرفات القانونيـة التى ترد عليها الاهليـة

اذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونيـة فى حقه ، فمعنى ذلك قدرته على أن يجرى بنفسـه ولحسابه التصرفات القانونيـة كلهـا بأنواعها المختلفة ؛ وهو مايقتضى بيان هذه الأنواع من حيث تعلقها بأهلية الأداء وأهميتها لهاء

والقانون يقسمهـا ـ من هذا الوجـه ـ أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعة نفعـا محضا ، وتصرفات ضـارة ضررا محضا ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر • أما التصرفات النافعة نفعا محضا ، فهى تلك التى ترتب اغتناء من يباشرهـا دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبـة • وأما التصرفات الضارة ضررا محضـا ، فهى تلك التى ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالايهاب والايصاء • وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهى تلك التى لاترتب لمن يباشرها اغتناء محضا ولا افتقارا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطـاء فتحتمل بطبيعتهـا الكسب كما تحتمل الخسـارة «[1]» ؛ ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات مايسمى بأعمال التصرف التى ترمى الى التصرف فى ذات الشىء كالبيع ، ومايسمى بأعمـال الادارة وهى التى ترمى فى الأصل الى مجرد استغلال الشىء كالايجـار والتصرف فى غلته أو ريعه •

فاذا كان الشخص كامل أهليـة الأداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هـذه التصرفات بأنواعهـا الثلاثة • واذا كان عديم الأهليـة ، امتنع عليه مطلقا مباشرة أى نوع منهـا • واذا كان ناقص الأهليـة ، جاز له مباشرة النافع

---

(١) تكون العبرة بطبيعة التصرف لابنتيجته. ولذلك فمهما حقق التصرف من كسب لمن باشره ، يظل ـ رغم ذلك ـ تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، مادام أنه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة على السواء .

منهـا نفعـا محضـا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضـار ضررا محضا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على اذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمـة على حسب الأحوال .

٣٠٤ ـ منهج البحث

اذا كان منـاط أهليـة الأداء التمييز ، فمقتضى ذلك تدرجهـا مع تدرج التمييز فى الانسـان تبعا للسن ، وتأثرهـا ـ حتى بعد كمـال التمييز والرشـد ـ بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تنتقص منه . واذا اكتمل التمييز للانسـان دون عـارض يعترضـه ، فتكون له أهليـة أداء كاملـة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتهـا .

فنعرض لأحكام الأهلية اذن فى تدرجها بتدرج السن، وفى عوارضها، ثم فى موانعهـا .

§ ١ ـ تـدرج الاهلية بتدرج السن

لما كان منـاط أهليـة الأداء التمييز ، وكان التمييز متدرجـا عند الانسـان تبعـا للسن ، فان أهليـة الأداء تتدرج اذن تبعا للتمييز والسن من الانعدام الى النقص الى الكمال . فتكون منعدمـة فيما دون السابعة وهى سن ابتداء التمييز ، وتصبح ناقصة فيما بين سن السابعة والحادية والعشرين أى فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشـد ، ثم تصير كاملة منذ بلوغ الحادية والعشرين أى منذ اكتمال التمييز والرشد. فنعرض اذن لانعدام الأهليـة ، ثم لنقصها ، ثم لكمالهـا .

٣٠٥ ـ انعـدام الاهلية

قلنا ان أهلية الأداء مناطها التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبى غير المميز، فتكون أهلية الأداء عنده منعدمة انعداما تاما . وقد نصت على ذلك المـادة ٤٥ من التقنين المدنى بقولها « ١ ـ لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنيـة من كان فاقد التمييز لصغر فى السن .. ـ ٢ ـ وكل من لم يبلغ السابعـة يعتبر فاقدا للتمييز » .

ومعنى انعدام أهليــة الأداء عند الصبى غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونيــة حتى ماكان منها نافعا له نفعا محضــا كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونيــة هو الارادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره . وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونيــة باطلــة لايرتب القانون عليهــا أى أثر . وقد نصت على ذلك المــادة ١١٠ من التقنين المدنى بقولهــا « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلــة » .

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبى غير المميز، بطلانها بطلانا مطلقا أى اعتبارها منعدمــة كأن لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحــة ــ سواء كان هو نفس الصغير بعد اكتمــال أهليته، أو الولى أو الوصى أو من تعــاقد مع الصغير غير المميز ــ التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضــاء بالبطلان من تلقــاء نفسهــا ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشــأن ، وتظل هذه التصرفات باطلــة لا تصححها أية اجازة لاحقة من الصغير بعد اكتمال أهليته أو من الولى أو الوصى . فهذه الآثار للبطلان المطلق بوجه عام منصوص عليهــا فى المــادة ١٤١/١ من التقنين المدنى ، اذ تقضى بأنه « اذا كان العقد باطلا جــاز لكل ذى مصلحــة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقــاء نفسهــا ، ولا يزول البطلان بالاجــازة » .

٣٠٦ ــ نقص الأهلية

تكون الأهليــة ناقصــة أى لامنعدمة تماما ولامكتملــة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشــد ، أى فيما بين السابعــة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطــا بين الانعدام والاكتمال ؛ فيكون الصبى المميز اذن ــ وهو من يكون بين هذين السنين ــ ناقص الأهليــة . وعلى ذلك تنص المــادة ٤٦ من التقنين المدنى بقولها : « كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد..

يكون ناقص الأهليـــة وفقا لمـــا يقرره القانون » • وقد بين القانون حكم القواعد العامـــة فى هذا الشأن ، ولكنه ترخص فى الخروج عليهـــا فى أحـــوال معينة •

١ — حكم القواعد العامـــة : الصبى المميز نـــاقص الأهليـــة بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا فىصدد بعضالتصرفات دون البعض الآخر«[١]»•

(١) يعترض بعض الفقهـــاء على اصطـــلاح « نقص الأهلية » و « ناقص اهليـــة » ، اذ يرون أن أهليـــة الاداء صفة نسبية يجب ان ينظر فيهـــا الى كل تصرف قانونى على حده ، فتعدد أهليـــة أداء الشخص بقدر عدد التصرفات القانونيـــة ، بحيث يكون من الخطأ اذن تعميم حكمهـــا والقول خاصـــة بنقصها فى شـــان كل هذه الاعمـــال دون تمييز . فوصف الصبى المميز ومن فى حكمه بانه ناقص الاهليـــة يخالف الواقع من أنه تام الأهليـــه بالنسبـــه الى التصرفات النافعـــه له نفعـــا محضـــا ، ومعدوم الاهليـــة بالنسبـــة الى التصرفات الضارة به ضررا محضا ، ولايكون محدود الاهلية او ناقصها بالمعنى الدقيق الا بالنسبة الى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (٢) ، ص ٣٨٦—٣٨٨) •

وتصوير الصبى المميز ومن فى حكمه على هذا النحو تصوير صحيح ، ولكنه لايتعارض مع وصفه بنقص الاهلية أو يجعل هذا الوصف غير دقيق أو منطقى . ذلك ان تقسم الاشخاص الى عديمى أهليـــة وناقصيهـــا وكامليهـــا انما ينظر فيه الى تحديد أهلية كل شخص بصفـــة عامـــة بالنسبـــة الى باقى الأشخاص وفى شان التصرفات القانونيـــة فى مجموعهـــا دون تمييز بين أنواعها؛ فيكون كامل الأهليـــة من يملك مباشرتها جميعـــا ، وعديم الأهليه من لا يملك هذه المباشرة اطلاقا ، وناقصهـــا من يملك مباشرة بعضها دون بعض . والواقع أن هذا التقسيم هو التقسيم العام والـــرئيسى ، وهو الذى يجرى عليه نفس المشرع حين يذكر أن « كل شخص بلغ سن الرشد ... يكون **كامل الأهليه** » (م ١/٤٤ مدنى) ، وانه « **لايكون اهلا** لمباشرة حقـــوقه المدنيـــة من كان فاقـــد التمييز ... » (م ١/٤٥ مدنى) ، وأن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او ذا غفلـــة يكون **ناقص الاهليه** وفقـــا لما يقرره القانون » .

ولكن اذا كان هذا التقسيم هو التقسيم العام الرئيسى، فلا بأس من ادراج تقسيم آخر خاص فرعى تحته ينظر فيه الى كل تصرف من التصرفات القانونيه على حده ومدى اهلية اداء الشخص فى شـــأنه ؛ وهو ماتتبين أهميتـــه بجلاء فى شـــأن ناقص الأهلية عموما الذى تتفاوت أهليته بتفاوت أنواع التصرفات، فيكون عديم الأهليـــة بالنسبـــة الى التصرفات الضارة ضررا محضا ، وكامل الأهليـــة بالنسبة الى التصرفات النافعـــة نفعـــا محضـــا ، ومحدود الأهليـــة او ناقصهـــا بالنسبـــة الى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فهذا التقسيم الخاص لايتعارض مع التقسيم العام بل هو مندرج تحته •

وتقضى القواعد العامة فى هذا الشـأن بأنه يعتبر كامل الأهليـة تماما ــ كمن بلغ سن الرشـد ــ فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعا محضا ، فتصدر عنه صحيحة . وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهليـة ــ كالصبى غير المميز ــ فيما يتعلق بالتصرفات الضـارة به ضررا محضا ، فتقع باطلـة بطلانا مطلقـا لاتصححهـا أية اجازة (م ١١١/١ مدنى) .

أما التصرفات الـدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبى المميز مباشرتهـا بنفسه ، وانما يباشرهـا عنه الولى أو الوصى . فان باشر الصبى المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلـة بطلانا مطلقـا ، وانما تعتبر باطلـة بطلانا نسبيـا لمصلحـة الصبى المميز نفســه ؛ بمعنى أنهـا تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب ابطالها من له الحق فى ذلك ، أى اما الولى أو الوصى واما الصبى المميز بعد بلوغه سن الرشـد «[1]» ؛ فـاذا قضى بابطال هـذه التصرفـات، اعتبـرت كأن لم

---

(١) لمـا كان ابطال تصرفات الصبى المميز الـدائرة بين النفع والضرر مقصودا به حمايته ، فالأصل أنه ليس للطرف الآخر ــ سواء كان عالمـا او جاهلا بنقص الأهلية ــ طلب الابطال بناء على هذا النقص . ولئن يبدو انه ليس من حق القاصر فرض تصرفـات قانونيـه على الغير لايشاركه فيها مختارا ، فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الابطـال كذلك .

انظر فى هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعـة المكتب الفنى لاحكام النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ، ص ١٦٢ ، حيث يقـرر الحكم ان « ... الأصل فى التصرفات الماليـة الدائرة بين النفع والضرر وكذلك الاجراءات القضـائيـة المتعلقـة بهـا التى يباشرهـا ناقص الاهليـة أو يباشرهـا عنه نائبه الذى ينقصـه الاذن فى مباشرتهـا ، الأصل فيهـا هو الصحـة مالم يقض بابطالهـا لمصلحـة ناقص الأهليـة دون الطرف الآخر . ولكن لما كان الوضع يختلف فى الاجراءات القضائية عنه فى التصرفـات من ناحيـة ان الطرف الآخر يشاركه فى التصرفات مختارا فى حين انه يخضع للاجـراءات القضائيـة على غير ارادته . ومن المسلم أن له مصلحـة فى الايتحمل اجـراءات مشوبة وغير حاسمة للخصومة ، فانه يجوز له استثناء فى سبيل حمايـة هـذه المصلحـة وبالقدر الذى تستلزمه هذه الحماية أن يدفع بعدم قبول الدعوى او بعدم السير فيهـا . الا أنه لمـا كانت المصلحـة هى منـاط الدفع كما هى مناط الدعوى ، فانه لايجوز للمدعى عليه أن يتمسك بالدفع المذكور متى زال العيب الذى شاب تمثيل ناقص الأهليـة ، اذ بزواله تصبح اجراءات التقاضى صحيحة ومنتجة =

تكن «[١]» . ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق اجازتها،أى المحكمة أو الولى أوالوصى أوالصبى المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد«[٢]»، تأكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب ابطالها بعد ذلك . وقد نصت المادة ٢/١١١ من التقنين المدنى على حكم مباشرة الصبى المميز لهذه التصرفات بقولها : « أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر «[٣]» ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » .

٢ — **الخروج على حكم القواعد العامة** : ذلك هو حكم القواعد العامة فى مدى أهلية الصبى المميز أو القاصر لمباشرة التصرفات القانونية . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم فى حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلى :

(١) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على آن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبى

= أثرها فى حق الخصمين على السواء ، وفى السير فيها بعد زوال العيب المذكور اجازة لما سبق منها ؛ ومن ثم تنتفى كل مصلحة للمدعى عليه فى الطعن عليها ، وبذلك تعتبر صحيحة منذ بدايتها لانه لم يعد يرد عليها من اى الطرفين طعن مقبول » .

(١) ومعنى ذلك فى الأصل اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض مقابل . ولكن خروجا على هذا الأصل لايلزم ناقص الأهلية — اذا قضى بالابطال لنقص أهليته — أن يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢ مدنى) .

(٢) ولكن يسقط حق الصبى المميز فى طلب الابطال اذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذى ازال نقص أهليته (م ١٤٠ مدنى) .

(٣) اذا كان للقاصر أو ناقص الأهلية دائما ان يطالب بالابطال ، فان ذلك لايعفيه من الالتزام بالتعويض اذا كان قد لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م ١١٩ مدنى) .

المميز مطلقا ومنذ بلوغ السابعة أهلية أداء كاملة «١» فيما يتعلق بالتصرف فى أموال نفقته دون توقف على اجازة أحد • ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لاتكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا فى حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة •

(٢) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لاحكام القانون ••• » • والقانون انما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة فى ابرام عقد العمل بوصفه عاملا ، لا بوصفه رب عمل ، لان ذلك يقتضى ان تكون له سلطه ادارة أمواله أو بعضها وهو مالا يتحقق قبل السادسه عشرة «١» • وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار فى العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولى أو الوصى ، ماداموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهى السابعة • ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر للتعاقد كعامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله لها • بأن أعطاها سلطة خطيرة فى انهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد اذا كان فى الانهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة أخرى ظاهرة، بأن كانت صحته مثلا لاتحتمل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيها آخر الى احتراف مهنة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلا أوسع ويضمن له مركزا أفضل • ولذلك تمضى المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال فتقرر أن « ••• للمحكمة ، بناء على طلب الوصى أو ذى شأن ، انهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة» • وواضح أن قرار المحكمة بانهاء مثل هذا العقد لايعنى ابطاله ، فقد عقد

---

(١) قارن مع ذلك :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ •

(٢) فى هذا المعنى :
محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، فقرة ١٩٢ ولفقرة ١٩٣ •

صحيحا من شخص يعترف له المشرع — رغم قصره — بأهلية كاملة فى ابرام عقد العمل الفردى ؛ ولذلك لاتنصرف آثار هذا الانهاء الى الماضى وانما الى المستقبل وحده .

(٣) تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف فى الأجر أو المرتب الذى يحصل عليه من وراء عمله الخاص «[1]» ، فيكون تصرفه فى هذا الشأن صحيحا غير متوقف على اجازة أحد . غير أن المشرع — وقد دفعته الى تقرير أهلية أداء كاملة لمثل هذا القاصر الرغبة فى تشجيعه على العمل للتكسب من ورائه — لم يغفل مراعاة مصلحته، فقرر أن التزاماته فى هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ؛ وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة .

وكذلك لم يغفل المشرع ما قد يندفع اليه مثل هذا القاصر من اساءة التصرف فى كسب عمله ، فجعل للمحكمة سلطة الحد من أهليته فى هذا الشأن ، اذ تقرر المادة ٢/٦٣ أنه « ... للمحكمة ، اذا اقتضت المصلحة ، أن تقيد حق القاصر فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » .

---

(١) انظر مع ذلك ماتقرره المادة السادسة من قانون عقد العمل الفردى من أن « على صاحب العمل أن يسلم الى العمال القصر انفسهم اذا بلغوا اربعة عشر عاما اجورهم ومكافآتهم وغير ذلك مما يستحقون بمقتضى احكام هذا القانون ، ويكون هذا التسليم مبرئا لذمته » ؛ فقدكان من الواجب ، مراعاة للتناسق بين أحكام التشريع ، الا يسلم رب العمل الاجر — بما يبرىء ذمته — الا للعمال القصر ذوى أهلية التصرف الكاملة فيما يحصلون عليه من اجر وهم من يبلغون السادسة عشرة على الاقل .

(٤) تنص المــادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمــوالــه لادارتهــا ، أو تسلمهــا بحكم القانون ، كانت أعمــال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمهــا القانون » • وبمقتضى هذا النص تكون للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة أهليــة أداء كاملــة فيما يتعلق بأعمال الادارة وحدها دون أعمال التصرف، ولكن فى حدود مايقرره القانون،وبشرطأن يؤذن لهذا القاصر فى تسلم أمواله كلهــا أو بعضها لادارتها ممن يملك هذا الاذن ، أى من الولى باشهاد لدى المــوثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) ، أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى «[١]» ، (م ٥٥ من قانون الولاية على المــال) •

غير أن أهليــة أداء القاصر المأذون فى شأن أعمــال الادارة ليست بالمطلقــة ، فــالمــادة ٥٦ من قــانــون الولايــة على المــال تقضى بأن « للقاصر المأذون أن يباشر أعمــال الادارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبــة على هذه الأعمــال ، ولكن لايجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمــدة تزيد على سنة «[٢]» • ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر الا باذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكــه من ذلك • ولا يجوز للقــاصر أن يتصرف فى صافى دخله «[٣]» الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا » •

---

(١) اذا رفضت المحكمة الاذن ، فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض (م ٥٥) .

(٢) لا يملك القاصر المأذون اليوم سلطة تأجير الأراضي الزراعية الا باذن من المحكمة أو الوصي ، فقد نصت المــادة ٣٥ من المرسوم بقــانون رقم ١٧٨ لسنــة ١٩٥٢ الخــاص بالاصــلاح الزراعي على أنه « لا يجوز أن تقل مدة ايجار الأرض عن ثلاث سنوات » ، وهى مدة لا يملك القاصر المأذون التأجير لها كما سبق البيان .

(٣) ويخرج عن ذلك دخله من عمله اذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة ـ كمــا سبق البيان ـ أهليــة التصرف الكاملة فيه (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ وهامش (١) منهــا) .

ويخضع القاصر المـأذون له فى الادارة ــ فضلا عن ذلك ــ لرقابـة المحكمة ، اذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى • ويجوز للمحكمة ــ من تلقاء نفسهـا أو بناء على طلب النيابـة العامـة أو أحد ذوى الشـأن ــ أن تحد من الاذن المعطى للقاصر أو تسلبـه اياه بعد سماع أقواله،اذا قصر فى تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف فى ادارته أو قامت أسباب يخشى معهـا من بقـاء الأموال فى يده (م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المـال) •

ويجوز للولى كذلك ــ اذا كان هو الذى أذن للقاصر فى تسلم كل أمواله أو بعضهـا لادارتهـا ــ أن يسحب هذا الاذن أو يحد منه باشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المـال) •

(٥) تنص المـادة ٥٧ من قانون الولاية على المـال على أنه « لايجوز للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصـاية ، أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمـة فى ذلك اذنا مطلقـا أو مقيدا » على حسب ماتتبين من ظروفه • ويراعى أن الاذن للقاصر بالتجارة وان كان يستوى مع الاذن له بالادارة فى اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، الا أنه لايصدر الا من المحكمـة وحدهـا حتى مع وجود الولى ، بينما يكفى اذن الولى لمباشرة أعمـال الادارة ، وماذلك الا زيادة احتياط وتـدقيق فى الترخيص للقاصر بالتجارة نظرا لمـا يحفها من مخاطر يخشى منهـا على أمواله «[1]» •

(٦) رغم أن الايصـاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبى المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقـا ان أجراه ، الا أن قانون الوصيـة أجاز وصيـة القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمـة (م ٥) ، مراعيـا فى ذلك أن الـوصيـة تصرف مضـاف الى مابعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وأنهـا على أى

---

(١) انظر فى اهليـة القاصر المأذون له فى التجارة :
مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ •

حال معلقة على اذن المحكمة وموافقتها «[١]» • وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر ــ خلافا لطبيعتها ــ فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا ان أجراها دون الحصول على الاذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بابطالها اذا طلب الابطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتتأكد صحتها نهائيا ان أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد•

٣٠٧ ــ كمال الأهلية

اذا بلغ الشخص سن الرشد ــ وهى احدى وعشرون سنة فى القانون المصرى ــ اعتبره القانون فى الاصل كامل التمييز والارادة الواعية البصيرة• ولما كان التمييز والارادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كامل الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملك اجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر • وقد نصت على ذلك المادة ٤٤ من التقنين المدنى بقولها « ١ ــ كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية • ٢ ــ وسن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » •

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، بحيث لايتأتى من بعد سلب أهليته أو الانتقاص منها الا لعارض يستوجب الحجر وتعيين قيم عليه •

واذا كان الأصل هو اكتمال الأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية ببلوغ سن الرشد ، الا أنه حيث يعترض الشخص قبل هذا البلوغ ويظل

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ ،

مصاحبا له عنده عارض يفقده قواه العقليـة كالجنون أو العتـه أو يخل بتقديره وتدبيره كالسفه أو الغفلـة ، فيمكن منعه من اكتمـال الأهليـة ببلوغ سن الرشد كما هو الأصل ، اذا قررت المحكمـة قبل هذا البلوغ عدم انهـاء الولاية أو الوصـاية عليه عند هذا البلوغ واستمرارها بعده .
ولذلك تقضى المـادة ١٨ من قانون الولاية على المـال بأن « تنتهى الولاية ببلوغ القـاصر احـدى وعشرين سنة ، مالم تحكم المحكمـة قبل بلوغـه هذه السن باستمرار الولاية عليه » ، وتقضى المادة ١/٤٧ من نفس القانون بأن « تنتهى مهمة الوصى ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة الا اذا تقرر استمرار الوصاية عليه» «١». ومتى تقرر استمرار الولاية أو الوصاية بعد

---

(١) ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهـاء الى عدم اعمـال هذه النصوص الا اذا لم تكن بالشخص عاهة فى عقله ولكن تقوم به عاهة تلحق تـدبيره وهى السفه أو الغفلـة ، بحيث يلزم لاستمرار الولاية أو الوصـاية عليه صدور حكم من المحكمـة يقضى بذلك قبل بلوغ سن الرشد . أما اذا بلغ هذه السن غير متمتع بقواه العقليـة لجنون او عته ، فتستمر الولاية او الوصاية عليه دون حكم سابق من القضاء (عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السـابق ، ص ٩٢ و ٩٣، وهامش (١) ص ٩٣) . ولكن هذا الراى يخصص من عموم حكم قانون الولاية على المـال دون سند مقبول ، بقصر اعماله على حالتى السفه والغفلة وحدهما دون حالتى الجنون والعته . ولايصلح نص المـادة ٤٤ مدنى لاسناد مثل هذا التخصيص ، لأن هذا النص اذا كان يشترط اكتمـال القـوى العقليـة عند بلوغ سن الرشد ، الا انه لايعرض لكيفية استمرار الولايـة عند تخلف هذا الشرط وهل تكون بحكم او بغير حكم ، لأن الموضـع الطبيعى لذلك هو التشريع الخاص بالولاية على المـال . ومادام هذا التشريع فى صورته الأخيرة ، اصبح يتطلب ، بصفة عامـة دون تحديد او تخصيص ، صدور حكم قبل سن الرشد باستمرار الولاية او الوصاية ، فمعنى هذا انه حيث يتخلف كذلك شرط اكتمال القوى العقليـة عند بلوغ سن الرشد لجنون او عته وتكون نتيجه ذلك فقدان اهليـة الشخص ، فلا بد من اتباع ماتقضى به احكام قانون الولايـة من لزوم صدور حكم قبل هذا البلوغ يجعل الولاية او الوصايـة مستمرة بعـده على الشخص . والقول بغير ذلك معناه التمسك بأحكام قانون المحاكم الحسبيـة التى كانت تجعل الولاية أو الوصاية مستمرة دون حكم فى حالة الجنون أو العته، دون اعتبار لنسخها بأحكام قانون الولاية على المال التى أصبحت تتطلب صدور حكم لاستمرار هذه الولاية او الوصاية دون تفريق بين اسباب هذا الاستمرار.
ولذلك يـذهب بعض آخر من الفقهـاء الى القـول بأن من يبلغ سن الحادية والعشرين غير مكتمل القوى العقلية لجنون او عته ، يكون عديم الأهلية طبقا للتقنين المدنى ، ولكن مهمة الولي أو الوصى تكون قدانتهت بقوةالقانون=

بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لايرفعهــا الا قرار من المحكمــة فى حــال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية.

أما اذا بلغ الشخص سن الرشد دون صدور حكم قبله باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، فان كمــال أهليتــه المترتب على ذلك قد يعترضه من

= طبقا لقانون الولاية على المــال بحيث لايكــون لهذا الشخص — رغم انعــدام أهليتــه — من يمثله قانونا الى أن يصدر قرار المحكمة بالحجر عليه وبتعيين قيم له (اسماعيل غانم ، المــرجع الســابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٥ و ١٩٦) .
واذا كان التوفيق بين نص التقنين المدنى ونصوص قانون الولاية على المال على هذا النحو قد يبدو متجاوبا مع ظاهر كل منهمــا ، الا أنه يفصل بين الأهلية والولاية — رغم الارتباط الوثيق بينهما — فصلا يؤدى الى خلق فراغ لامصلحة لأحد فيه، فضلا عن اخلاله باستقرار المعاملات ، بالقول بأن من يبلغ الحاديــة والعشرين مجنونا أو معتوها يكون عديم الأهليــة ولكنه يظل — رغم ذلك — غير مشمول بالولاية حتى تقرر المحكمة الحجر عليه وتعيين قيم له .
والذى يبدو لنا أنه لاتعارض بين نص التقنين المدنى ونصوص قانــون الولاية على المــال . ذلك ان نص التقنين المدنى ، باشتراطه لاكتمال الأهليــة بلوغ الشخص سن الحادية والعشرين مكتملا قواه العقليــة ، انما يريد فحسب ابراز الأصل من اكتمــال القوى العقليــة عند بلــوغ هــذه الســن ، دون أن يطعن فى ذلك ماقد يوجد من أحوال نادرة تكون فيهــا هذه القوى مفقودة سواء عند بلوغ هذه السن أو بعد بلوغها . فاذا كان هذا الفقد بعد البلوغ ، فمعنى ذلك فقد الأهلية بعد اكتمالها ، مما يوجب الحجر على الشخص وتنصيب قيم عليه . واما اذا كان الفقد عند البلوغ ، فمعنى ذلك عدم اكتمال الأهليــة أصلا ووجوب استمرار الولاية أو الوصاية بعد هذا البلوغ ؛ ولكن من الــواضح — والأصل هو اكتمال القوى العقلية والأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية ببلوغ سن الرشد — ضرورة صدور حكم بما يخالف هذا الأصل ينفى الأهلية — رغم بلوغ سن الرشد — عمن يبلغهــا مجنونا أو معتوها ، ويمد فى الولاية أو الوصاية عليه الى مابعد هذا البلوغ . والقول بغير ذلك من اعتبار من يبلغ سن الرشد مجنــونا أو معتوها فاقد الأهليــة دون حكم بذلك أو من اعتبار الولاية أو الوصــايــة مستمرة عليه دون حكم يقضى باستمرارهــا ، فيه مخالفة للأصل ، واعدام للأهليــة دون اقامة الدليل على تخلف شرطهــا الــوارد فى التقنين المــدنى من التمتع بالقوى العقليــة ، أو مد للولاية أو الوصاية الى مابعد بلوغ سن الرشد دون اتباع مايقضى به قانون الولاية من استلزام صدور حكم قبل البلوغ بهذا المــد فى كل الأحوال . وفضلا عن ذلك ، فالرأى الذى نقول به من عدم اعتبار من يبلغ سن الرشد فاقد الأهليــة وعدم استمرار الولاية أو الوصــاية عليــه الا بحكم يصدر — قبل هذا البلوغ — مقررا لذلك بعد التثبت من قيــام حالــة الجنون أو العته ، هو المتفق مع مايقتضيه استقرار وأمن المعاملات من الاعلام بانعدام الأهلية واستمرار الولاية أو الوصاية خلافا للأصل عند بلوغ سن الرشد.

العوارض من بعد مايعدمه أو ينتقص منه ويكون سببا لتوقيع الحجر .

§ ٢ — عـوارض الأهليـة

٣٠٨ — أثر عـوارض الأهلية فى اعدامها أو الانتقاص منها

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل أهلية الأداء . والأصل أن يستمر كمال أهليتـه حتى انتهـاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وارادته فيعده القانون فى حكم عديم الأهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالأمور فيعده القـانـون فى حكم ناقص الأهلية، ويحجر عليه فى الحالين منصبا له قيما يباشر عنه كل أو بعض تصرفاته حسب انعدام أو نقص أهليته . فعوارض الأهلية اذن نوعان : نوع يعدم الأهليـة تماما وهو الجنون والعته ، ونوع ينتقص من الأهليـة ولايعدمها وهو السفه والغفلـة . وقـد نصت على هذه العوارض المـادة ١١٣ من التقنين المدنى بقولها « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد وللاجراءات المقررة فى القانون » . فنعرض فيمايلى لهذين النوعين من العوارض وأثر كل منهمـا فى أهليـة الشخص وتصرفاته .

٣٠٩ — الجنـون والعتـه

يقصد بالجنون ذلك المرض الذى يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ، وبالعته ذلك الخلل الذى يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنـون فيجعل صـاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العته لايعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغى معه التفريق فى الحكم بين العته المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العته المنتقص من التمييز ، واعتبـار المعتـوه ، كمـا يذهب فقهـاء الشريعـة الاسلامية ، عديم الأهلية فى الحالـة الأولى وناقصهـا فحسب فى الحالة

الثانية «١» . ولكن القانون المصرى ــ أمام دقة الحد الفاصل فى العته بين نوعيه وصعوبة تبينه ــ أغفل هذا التفريق ، وسوى فى الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموما ، فاعتبر كلا منهما عديم الأهلية كالصبى غير المميز «٢»، اذ نص على أنه « **لايكون اهلا** لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغرفىالسن **او عته** او **جنون** » (م ٤٥/١ مدنى) . ويراعى أن المشرع المصرى فى اعتباره الجنون معدما للأهلية، لايفرق ــ كما يفعل فقهاء الشريعة الاسلامية ــ بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالافاقة فى بعض الأوقات «٣» ؛ وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى الى الحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصي على الاثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

واذا كان كل من المجنون والمعتوه منعدم الأهلية على هذا النحو بحيث يعتبر فى حكم الصبى غير المميز ، فمقتضى ذلك اعتبار كل تصرفات المجنون والمعتوه دون تمييز باطلة بطلانا مطلقا ، سواء منها ماكان نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر .

غير أنه اذا كان القانون يعد كلا من المجنون والمعتوه عديم الأهلية ، وكان الجنون والعته عارضين طارئين خلافا للأصل بعد بلوغ الشخص سن الرشد واكتمال أهليته ، فان أثرهما فى اعدام الأهلية بعد كمالها

---

(١) انظر فى التفرقة بين المعتوه المميز والمعتوه غير المميز فى الشريعة الاسلامية :
أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ و ٣٧٤ . ــ عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١٠٣ .

(٢) قارن مع ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ . ــ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فترة ٢٤٦ .

(٣) انظر فى هذه التفرقة :
احمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ . ــ عبد الوهاب خلاف ، احكام الاحوال الشخصية ، ص ٢٣٧ و ٢٣٨ . ــ عمر عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٥ .

لا يجب أن يتأتى الا عن طريق المحكمــة وبحكم تصدره بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه «(١)» وتنصيب قيم عليه ، بحيث لايعود له كمـال الأهلية الا بحكم يرفع الحجر . ولذلك تقضى المادة ٦٥ من قانون الولاية على المـال بأن « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته ... ولايرفع الحجر الا بحكم ، وتقيم المحكمــة على من يحجر عليه قيما لادارة أمواله وفقـا للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

ولذلك فالأصل هو الاعتداد بتسجيل القرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر لاعلام الكافة وامكان الاحتجاج عليهم بانعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بحيث تعتبر كل تصرفاته الواقعة بعد هذا التسجيل باطلة بطلانا مطلقا شأن تصرفات الصبى غير المميز ، دون أن يملك المتعامل أو المتعـاقد معه الاحتجاج بحسن نيتـه مادام كان مستطيعـا العلم من هـذا التسجيل بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه وانعدام أهليته ، ولذلك تنص المادة ١١٤ من التقنين المدنى على أنه «يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » . بل ويكتفى تقنين المرافعـات فى المـادة ١٠٢٨ بمجرد تسجيل طلب الحجر على المجنون أو المعتوه لاعتبار كل تصرفاته الواقعة بعد هذا التسجيل باطلـة بطلانا مطلقـا اذا أجابت المحكمـة من بعـد الطلب وأوقعت الحجر ، مسويا بذلك فى الحكم بينه وبين تسجيل قرار الحجر ؛ لأن فى تسجيل هذا الطلب اعلاما للكافـة بحالة الشخص المطلـوب الحجر عليه للجنون أو العته وتحذيرا من احتمال الحجر عليه بحيث يتحمل المتعامل معه بعد ذلك مخاطر توقيع الحجر . وعلى هذا النحو ، اذا صدر من المحكمة القرار بالحجر على المجنون أو المعتوه عد فى حكم فاقد الأهلية ، فى مواجهة

---

(١) وفى ذلك يختلف القانون المصرى عما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية من ان الجنون أو العته يترتب عليه أثره من انعدام الأهليـة بمجرد ظهوره دون حاجة الى قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فتعتبر جميع تصرفاته منذ هذا الحين باطلـة مطلقا . فاذا زال الجنون أو العته انقضى أثره بمجرد زواله، فتعود الأهلية الى المجنون أو المعتوه وتصح تصرفاته من حين هذا الزوال دون حاجة الى قرار برفع الحجر عنه (انظر: عمر عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٥).

الكافة ، من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب ، فتقع كل تصرفاته بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا حتى ماكان منها نافعا له نفعا محضا •

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهليـة الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية الى حين حصول مثل هذا التسجيل، فلا تعتبر تصرفاته فى هذه الفترة باطللة على أساس انعدام الأهلية رغم قيام حالة الجنون أو العته فى الواقع • ومع ذلك ، فهى تعتبر فى الأصل باطلـة فى هذه الفترة على أساس آخر هو انعدام الارادة عنده وهى قوام التصرفات القانونيـة •

ولكن اطـلاق هذا الحكم كمـا يقضى الأصل وحسب ما استقر عليه القضـاء المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم «١» ، اذا كان من شأنه بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحمايـة انما تتحقق على حساب الغير حسن النيـة • ولذلك بدا للمشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد ألا يحمى المجنون أو المعتوه من تصرفاته السابقة على تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر الا بالقدر الذى لايضر المتعـامل معه حسن النيه • ولذلك نص على أنه « اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طلب الحجر/م ١٠٢٨ مرافعات) ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالـة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » (م ١١٤/٢ مدنى) •

وعلى هذا النحو ، لايوجد مايحول دون اعمال الأصل وتـوفير أكبر حماية للمجنون أو المعتوه ، فى الفترة السابقـة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلـة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة ،

---

(١) انظر فى ذلك خاصـة :
نقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعـة احكـام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الأولى ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . — نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض، السنة الثالثة، رقم ١٨ ص٩٣ .

اذا كان المتعامل أو المتعاقد معه سيء النيه يعلم بقيام حالة الجنون أو العتــه أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعهــا . أمــا اذا كان هذا المتعــامل أو المتعاقد حسن النية لايعلم بحالــة الجنون أو العته أو لم يكن فى استطاعته العلم بها لعدم ذيوعها وشيوعها، فرعاية لحسن نيته وتحقيقا للأمن والاستقرار فى المعاملات ، يترخص المشرع فى رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه والخروج على الأصل من وجوب اعتبار تصرفاته فى هذه الفترة باطلــة لانعدام الارادة ، فيجعل لهذا المتعــامل أو المتعــاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه »[1] .

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٩٥٦ . ـ سليمــان مرقس، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٦ . ـ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٨٠ و ٨١ . ـ انــور سلطــان ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٦٥ . ـ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٦ ، ص ١٦٢ . ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .
نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، سالف الذكر .
ومع ذلك ، فيذهب بعض الفقهــاء الى القول بأن تصرفــات المجنــون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الآخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعدام الارادة (أنظر : احمــد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٨ و ١٤٦ . ـ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ ـ ١٠٧) .
ولكن اذا كان بطلان تصرفات المجنون او المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر صحيحا فى الأصل كما اشرنا ، الا ان اطلاق القول به وتعميمه على النحو الذى يذهب اليه هذا الراى فيه مخالفة لصريح نص المشرع على عــدم بطلان هذه التصرفات « الا اذا كانت حالــة الجنون أو العته شائعــة ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » ، مما يفيد صحة هذه التصرفات فى حال حسن نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه لعدم شيوع حالته أو عــدم علمــه بهــا . والواقع ان هذا الراى يهدر بذلك كل قيمة لمــا استهدفه المشرع وافصح عنه فى هذا النص من حماية المتعاقد حسن النية ، اذ معناه انه حيث يثبت الجنون أو العته وقت التصرف قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر يكون هذا التصرف باطلا فى كل الأحوال ، سواء كانت حالة الجنون أو العته شائعة أو غير شائعة ، وسواء كان الطرف الآخر على بينة منها أو جهل بها ؛ ولو كان الأمر كذلك ، لمــا احتاج المشرع اذن الى بيان هذا الحكم اذ هو مقتضى الأصل . وانمــا كانت عنايته ببيان حكم التصرف فى هذه الفترة ونفى البطــلان عنه الا حيث تشيع حالــة الجنون أو العته أو حيث يعلم بها الطرف الآخر، تأكيدا لرغبته فى حماية =

٣١٠ ـ السفه والغفلة

يقصد بالسفة التبذير والسرف فى انفاق المال على غير مايقضى به العقل «(١)» . ويقصد بالغفلة سهولة التردى فى الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات «(٢)» .

= حسن النية عند هذا الطرف، وخروجه ـ فى سبيل ذلك ـ على مقتضى الأصل بتصحيحه التصرف فى مواجهته رغم انعدام ارادة المجنون أو المعتوه ؛ فصحة هذا التصرف اذن صحة يفرضها المشرع فرضا على خلاف الأصل حماية لحسن النية وكفالة لاستقرار المعاملات (انظر مع ذلك مايذهب اليه استاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ هامش (١) ، ص ٢٨٠ ، من أن « تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر ـ اذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ـ انما يصح أخذا بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة ، لأن الارادة الباطنة عند المجنون لاوجود لها » . ولكن يبدو أن تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنه ، يقتضى بداءة وجود ارادة باطنة ، وهى منعدمة فى هذا الفرض) .

(١) انظر نقض ٢٠ يونيه ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، السنة الثامنة ، رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ ، حيث يقرر الحكم أن « السفه هو انفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الانسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ؛ وليس من شأن مثل هذا التصرف اتلاف المال فى مفسدة ، بل ان فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف انهم أحق أهله به ، اذ الشرع لايحرم على الانسان الخروج عن ماله حال حياته كلا أو بعضا لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول اليهم » .

(٢) أنظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤، المجموعة السابقة، السنة السادسة ، رقم ٤٩ ، ص ٣٨٦ ، حيث يقرر الحكم انه « من حيث أن المشرع لم يضع للغفلة تعريفا فيتعين الرجوع فى بيانها الى احكام الشريعة الاسلامية ... ومن حيث ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يجمعوا على تعريف صاحب الغفلة ، فقال بعضهم انه هو الشخص الذى لايهتدى الى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى آخرون انها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه انها من العوارض التى تعترى الانسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وانما تنقص من قوة ملكات نفسية اخرى أخصها الادارة وحسن التقدير . وقد يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى الى الرابح منها ، او بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لايصبح عالة على المجتمع ، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح =

(١) نقص أهليــة السفيــه وذى الغفلــة فى الأصــل بــالحجــر عليــه :

نظرا لأن السفه والغفلة لايعتبـران معــدمين للعقل أو التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فان القانون يعد كلا من السفيه وذا الغفلة فى الأصل ناقص الاهلية ويسوى بينه وبين الصبى المميز فى الحكم ، اذ ينص على أن « كل من بلــغ سن التمييــز ولم يبلــغ سن الــرشــد ، وكل من بلغ سن الرشــد وكان سفيهــا أو ذا غفلــه ، يكــون ناقص الاهليــة وفقا لمــا يقرره القانون » • ومن هنا ، تكون تصرفات السفيه وذى الغفلة صحيحة اذا كانت نافعة نفعا محضا ، وتكون باطلة بطلانا مطلقــا اذا كانت ضــارة ضررا محضا ، وتكون باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للابطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر •

غير أنه اذا كان القانون يعد كلا من السفيه وذى الغفلة ناقص الأهلية ، وكان السفه والغفلــة عارضين طارئين خلافا للأصل بعد بلوغ الشخص سن الرشــد واكتمــال أهليته ، فان اثرهما فى الانتقاص من الاهلية بعد كمالها — كأثر الجنون والعته فى اعدام الاهليــة — لايجب أن يتأتى الا عن طريق المحكمه وبحكم تصدره بتوقيع الحجر على السفيه أو ذى الغفلة وتنصيب قيم عليه ، بحيث لايعود الى سابق كمال أهليته من بعد الا بحكم كذلك

= الدائنين ... وان كانت التصرفات التى تصدر عن الشخص هى فى الأصل المصدر الذى تستمد منه المحكمة الدليل على الغفله ، الا أنه لامانع من ان تستمد هذا الدليل من مناقشة الحجر عليه امام المحكمه بغض النظر عن تصرفاته ».

وانظر كذلك نقض ٢٠ يونيه١٩٥٧ سالف الذكر، حيث يقرر ان «ماأورده الحكم تبريرا للحجر على الطاعن للغفلــة من ان تصرفاته فى كل حــالــة الى أشخاص بذواتهم قد دل على المدى البعيد الذى احرزه هؤلاء فى الاستئثار به والسيطره عليه بسبب غفلته وسهولة خداعه،ينطوى على خطأ فىتطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى الحكم ، لان الأشخاص الذين عناهم الحكم هم زوجــة الطــاعن وولديه ، وليس فى خروج الطــاعن عن ماله لهم ماينبىء عن استئثار أو تسلط لان تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتــدفع اليه الغــريزه . كمــا أن التصرفات التى صدرت من الطاعن والتى وصفها الحكم بأنها تصرفات تبرعية لايمكن معهــا وصف من صدرت منه بالغفلــة لأن الغفلــة هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الادارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير... »

يرفع الحجر عنه »(١) . ولذلك تنص المـادة ٦٥ من قانون « الولايـة على المال » على أن « يحكم بالحجر على البالغ ... للسفه أو للغفلة ، ولايرفع الحجر الا بحكم ؛ وتقيم المحكمـة على من يحجر عليه قيما لادارة أمواله وفقـا للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

ولكن ضرورة اعلام الكافة أو تمكينهم من العلم بما يصيب أهلية السفيه وذى الغفلة من تغيير يعيدها ناقصة بعد أن كانت كاملـة ، يجعل للتسجيل

---

(١) اذا كان مبدأ الحجر على السفية وذى الغفلة مقررا فى القانون المصرى على هذا النحو ، فقد كان محل خلاف بين فقهـاء الشريعه الاسلاميه وخاصه بين أبى حنيفة والصاحبين . فقد ذهب ابو حنيفة الى عدم جواز الحجر على السفيه أو ذى الغفلـة البالغ ، لان فى الحجر عليه أهدارا لانسانيته محافظـه على ماله ، وآدميته خير من ماله ، ولايضيع الأعلى لحفظ الادنى . بينما ذهب الصاحبان الى الحجر على السفيه او ذى الغفله لدفع الضرر عنه ومراعاه مصلحته بالمحافظـة على ماله ، ولأن المسلم من منع المـال عمن يبلغ سفيهـا أو ذا غفلة معناه الحجر عليه ، فليس مايمنع اذن من الحجر على من يصيبـه السفـه أو الغفلـة بعد البلوغ مادامت العلـة واحدة . وهذا هو الرأى الراجح الذى يأخذ به كذلك جمهور الفقهـاء ومن بينهم الائمة الثلاثة مالك والشافعى وابن حنبل.

ولكن اختلف الصاحبان بعد ذلك فى ابتـداء الحجر على السفيـه أو ذى الغفلـة وانتهائه . فذهب « أبو يوسف » الى توقف ابتداء الحجر وزواله على حكم القاضي ، لأن تقدير السفه والغفلـة أمر تختلف فيه انظـار الناس كمـا تختلف الفقهـاء فى اعتبارهمـا أسبابا للحجر مما يحتاج الى قضـاء القـاضى للترجيح وحسم الخلاف ، ولأن من الواجب حماية من يتعامل مع السفيـه او ذى الغفلـة على غير بينة من حاله . بينما ذهب « محمـد » الى ثبوت الحجر بمجرد ظهور أمارات السفه والغفلـة وزواله بزوالهـا دون تـوقف على حكم القاضي بالحجر أو برفعه ، لأن المعلول يدور مع العلة وجودا وعدما دون توقف على شيء آخر ، والامر فى ذلك كالجنون والعته والصغر والرق المتفق على ثبوت الحجر بتحققهـا وزواله بزوالها دون حاجة الى قضـاء القاضى . وظـاهر أن راى أبى يوسف هو الأضبط والأصلح لاستقرار المعاملات ، وهو الذى يأخذ بمضمونه القانون المصرى كما قد أشرنا .

أنظر فى عرض آراء فقهـاء الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد :

احمـد ابراهيم ، المقالـة السابقة ، ص ٥٢٣–٥٢٦ . — عبد الوهـاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٣٩ و ٢٤٠ . — على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ . — محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، ص ٢٣٦ — ٢٣٨ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١١٢ — ١١٥ . — محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسـة الفقه الاسلامي ، ص ٣٢٠ — ٣٢٢ .

أهمية بالغة فى هذا الشأن على النحو الذى رأيناه له فى حالة الحجر على المجنون والمعتوه . ولذلك فالأصل هو عدم الاحتجاج على الكافة بما يترتب على الحجر على السفيه أو ذى الغفلة من نقص فى الأهلية الا من تاريخ تسجيل قرار الحجر أو من تاريخ تسجيل طلب الحجر اذا كان قد سجل «[1]» ؛ بحيث لاتأخذ تصرفاته فى مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبى المميز الا اذا كانت واقعة بعد هذا التاريخ ، فلا يعتبر صحيحا منها حينئذ الا النافع نفعا محضا ، ويقع باطلا بطلانا مطلقا الضار منها ضررا محضا وقابلا للابطال الدائر منها بين النفع والضرر . ولذلك تنص المادة ١/١١٥ من التقنين المدنى على أنه « اذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام » ، وتنص المادة ٢/١٠٢٨ من تقنين المرافعات على أنه «يترتب على تسجيل (طلب الحجر) مايترتب على تسجيل القرار (به) فى تطبيق أحكام القانون المدنى » .

ومقتضى اعتبار السفيه أو ذى الغفلة غير ناقص الأهلية فى مواجهة الكافة الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية كما هو الأصل الى حين حصول مثل هذا التسجيل ، فتعتبر كل تصرفاته فى الفترة السابقة على التسجيل صحيحة رغم مايوجد فى الواقع من سفهه أو غفلته . واذا كان فى اقتضاء الأصول القانونية صحة تصرفات السفيه وذى الغفلة فى هذه الفترة مايحقق كذلك حماية المتعامل معهما بحسن نية ، فمن الواجب الخروج على هذه الأصول ـ حماية لمال السفيه أو ذى الغفلة من نفسه أو من الغير ـ بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للابطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل تسجيل

---

(١) فلا يجوز للمتعامل مع السفيه او ذى الغفلة بعد هذا التسجيل الاحتجاج بحسن نيته بحال من الأحوال ، اذ يكون غير مقبول منه مثل هذا الاحتجاج وقد جعل له المشرع ـ عن طريق التسجيل ـ وسيلة يستطيع بها العلم بطلب الحجر او بتوقيعه على السفيه أو ذى الغفلة .

طلب أو قرار الحجر فى مواجهة المتعامل أو المتعاقد معه سيء النية ، الذى يقصد بهذا التعامل أو التعاقد استغلال حالته من السفه أو الغفلة ، أو يبيت به مع السفيه أو ذى الغفلة توقى آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون . فمثل هذا المتعامل أو المتعاقد المستغل أو المتواطيء يجب أن يحرم من الافادة من استغلاله للسفيه أو ذى الغفلة وابتزازه أمواله انتهازا لحالة سفهه أو غفلته ، أو يفوت عليه وعلى السفيه أو ذى الغفلة ما بيتاه معا لتجنيب الأخير آثار الحجر المتوقع عليه ؛ وخير جزاء فى هذا الصدد هو معاملة تصرفات السفيه أو ذى الغفلة الصادرة نتيجة استغلال أو تواطؤ — رغم وقوعها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر — معاملة تصرفاته الواقعة بعد هذا التسجيل ، من حيث اعتبار الضار منها ضررا محضا باطلا بطلانا مطلقا والدائر منها بين النفع والضرر قابلا للابطال . وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى من قبل خاصة فى شأن التواطؤ «[1]» ، وقننه المشرع من بعد فى التقنين المدنى الجديد بقوله « أما التصرف الصادر (من السفيه أو ذى الغفلة) قبل تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طلب

---

(١) راجع فى الاشارة الى الأحكام القديمة :
عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٤٢ و ٣٤٣ .
وأنظر كذلك من الأحكام الحديثة :
نقض ١٨ نوفمبر ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ٧٧ ، ص ٢١٣ .
— نقض ٨ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الأولى ، رقم ٢٥ ، ص ٨٨ . — نقض ٥ يناير ١٩٥٠ ، المجموعة السابقة ، السنة الأولى ، رقم ٤٦ ، ص ١٥٩ . — نقض ١١ مايو ١٩٥٠ ، المجموعة السابقة ، السنة الأولى ، رقم ١٢٣ ، ص ٤٩١ .
— نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ ، المجموعة السابقة ، السنة الأولى ، رقم ١٣٧ ، ص ٥٤٧ .

ويقرر الحكم الأخير « أنه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له أثر الا من تاريخ صدوره ولا ينسحب على التصرفات السابقة عليه مالم تكن قد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ ، كأن يكون المتصرف عالما بسفه المحجور عليه ومتواطئا معه فى تعامله على تفويت آثار حجر متوقع،وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الدليل على تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع =

الحجر/م ١٠٢٨ مرافعـات) ، فلا يكون باطلا أو قابلا للابطـال الا اذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » (م ١١٥/٢) . وعلى هذا النحو ، لايكفى لبطـلان أو ابطـال تصرفـات السفيـة أو ذى الغفلـة الواقعـة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالـة السفه أو الغفلـة أو حتى علم المتعامل أو المتعاقد معه بهذه الحالـة ، بل يجب أساسا توافر الاستغلال من جـانب الأخير لهذه الحالة «١» أو قيـام التواطؤ بينه وبين السفيه أو ذى الغفلـة على تمكينه من التهرب مقدما من آثار الحجر المتوقع عليه .

(٢) الخروج على اصل نقص اهلية السفيه او ذى الغفلة المحجور عليه :

اذا كان مقتضى الأصل اعتبار السفيه أو ذى الغفلة ناقص الأهليـة بحيث يختلف حكم تصرفاته باختلاف نوعهـا ، الا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الأصل فى الحالتين الآتيتين :

= زوجها المتصرف وقت انعقـاد البيع المطعون فيه ، لصدور العقد قبل تقديم طلب الحجر ، لأن ايراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقـات معيشته مما اضطره الى التصرف فى أطيـانه كمـا تشهد بذلك العقود الأولى الصادرة منه ؛ فضلا عن أن حالـة الزوجـة المـاليـة تمكنهـا من دفع الثمن ، ثم ما اوردته من عـدم التعويل على قرينـة العلاقـة والمعاشرة الزوجيـة فى الاستدلال على هذا التواطؤ ؛ كان هذا منهـا استخلاصـا موضوعيـا جائزا مما تستقل به المحكمـة دون رقابـة عليهـا من محكمـة النقض ، ولايكون ثمة وجه للطعن على حكمهـا بالقصور » .

(١) واضح ان معنى استغلال حالـة السفه او الغفلـة المقصود فى هذا الشـأن مختلف عن معنى استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح المنصوص عليه فى المـادة ١٢٩ مدنى والذى لايعنى فى ذاته سفها أو غفلـة . هذا فضلا عن اختلاف الجزاء فى الحـالتين ، اذ هو الحالـة الأولى البطلان او الابطـال حسب طبيعة التصرف وكونه ضارا ضررا محضا او دائرا بين النفع والضرر، بينما يكون فى الحالـة الثانيـة الابطال أو الانتقاص من التزامات الطـرف المغبون (انظر فى هذا المعنى : احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السـابق ، ص ١٣٧ و ١٣٨ . ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق هامش (١) ص ١٠٩) .

١ ـ أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما الايصاء والوقف بشرط الحصول على اذن من المحكمة ، رغم أن هذه التصرفات ضارة ضررا محضا مما كان ينبغى معه اعتبارها ـ طبقا للأصل ـ باطلة بطلانا مطلقا «١» . وقد نصت على ذلك المادة ١/١١٦ من التقنين المدنى بقولها « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك » . وبذلك يأخذ وقف ووصية السفيه أو ذى الغفلة حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر خلافا لطبيعتهما الضارة ضررا محضا، فيقع قابلا للابطال وقفه أو وصيته دون اذن من المحكمة .

واذا كان هذا النص يشعر بالاختلاف فى هذا الصدد بين السفيه أو ذى الغفلة المحجور عليه وبين الصبى المميز البالغ الثامنة عشرة ، من حيث أن الأخير لايملك ـ كالأول ـ الا الايصاء باذن المحكمة دون الوقف ، الا أن هذا الاختلاف الذى كان ممكنا فى الأصل لم يعد قائما اليوم ، فقد أصبح تصرف السفيه أو ذى الغفلة بالوقف غير متأت الآن ، لأن الأصل فى اباحة هذا التصرف له وقفه على نفسه فى حياته أولا «٢» وقد ألغى أخيرا نظام الوقف على غير الخيرات «٣» .

٢ ـ أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمال الادارة اذا أذن لهما من المحكمة فى تسلم كل أو بعض

---

(١) وفى ذلك يقول المرحوم الأستاذ عبد الوهاب خلاف انه وان تكن « تبرعات المحجور عليه للسفه باطلة ، لكن استثنى من ذلك وقفه على نفسه فى حياته ثم من بعده على اى جهة عينها ، لأن فى وقفه على نفسه حفظ العين وضمان ريعها له . واستثنى أيضا وصيته بثلث فى سبيل الخير ، لأن الوصية لا تخرج العين عن ملكه حال حياته ، وهو بعد موته فى حاجة الى الثواب لا الى المال » (أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، هامش (١) ص ٢٣٩) .

(٢) راجع الهامش السابق .

(٣) فى هذا المعنى :
محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٠١ .

أموالهمـا لادارتهـا ، فتكون لهمـا اذن أهليـة أداء كاملـة فى شأن هذه الأعمـال على التفصيل الذى سبق بيانه فى أهليـة القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالادارة «[١]» . وقد نصت على ذلك المادة ٦٧ من قانون الولاية على المـال بقولهـا « يجوز للمحجور عليه للسفـه أو للغفلـة «[٢]» ، باذن من المحكمـة ، أن يتسلم أمواله كلهـا أو بعضها لادراتهـا . وفى هذه الحالـة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون » .

واذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخـروج على أصل نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلـة المحجور عليه فى الحالتين المتقدمتين ، فيبدو أنه لايجب أن يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل فى شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما . اذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلـة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعتـرف للصبى المميز بهـا ، الا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمـال المأذون

---

(١) انظر سابقا ، ص ٨٠٢ و ٨٠٣ .
ولكن يراعى أن الاذن بالادارة للسفية او ذى الغفلـة لاتملكه الا المحكمة وحدها طبقا لصريح نص المـادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يملك الاذن بالادارة للصبى البالغ الثامنة عشرة الولى أو المحكمـة على السواء (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المـال) .

(٢) اذا كان ظاهر نص المـادة ٢/١١٦ من التقنين المدنى يشعر بأن الاذن بالادارة لايكون الا للسفيه دون ذى الغفلة حيث يقضى بأن « أعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون بتسلم أمواله ، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » ، الا أن ذلك لايعبر عن قصد المشرع الحقيقى الذى جرى دائما على التسوية تسوية تامة بين السفيه وذى الغفلـة فى شأن الأهليـة . ولعل اغفال ذكر ذى الغفلـة فى هذا النص كان من قبيل السهو غير التعمد ، ولذلك لم يلبث المشرع بعد ذلك فى قانون الولاية على المـال أن ساوى صراحـة بين السفيه وذى الغفلـة من حيث جواز اذن المحكمـة لهمـا بأعمـال الادارة (انظر فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٨ ، ص ٢٨٢ . — شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٨٨ . — اسماعيل غانم ، المـرجع السابق ، ١٩٥٨ ، هامش (١) ص ٢١٢) .

بهـا هذا الصبى مع حالـة السفه أو الغفلـة • ولذلك نرى أنه يكون للسفيـة أو ذى الغفلـة أهليـة التصرف ـ كالصبى المميز عموما ـ فيما يخصص له من مـال لأغراض نفقته وفى ابرام عقد العمل الفردى ، وأهليـة التصرف ـ كالصبى البالغ السادسـة عشرة ـ فيمـا يكسبه من عملـه من أجر أو غيره • ولكننا لا نرى تسوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجـارة «(١)» ، لتنـافى حالـة السفه والغفلـة تنافيـا تاما مع ماتقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر الى الأمور •

§ ٣ ـ موانع الأهليـة

٣١١ ـ طبيعـة مـوانع الأهليـة وتعدادهـا

اذا بلغ الشخص سن الرشـد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهليـة المتقدم ذكرهـا ، فيظل على حاله من كمـال أهليـة الأداء • غير أن ثم ظروفا قد تقوم فتمنعه منعـا كليـا أو جزئيا ـ رغم كمـال أهليته ـ من امكان مباشرة التصرفات القـانونيـة بنفسـه أو بمفرده • لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائبا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتهـا •

وموانع الأهلية ثلاثة ، مانع مادى هو الغيبـة ، ومانع قانونى هو الحكم بعقوبة جناية ، ومانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجـة أو ضعف جسمانى شديد • ولا تنتقص هذه المـوانع من كمـال تمييز أو ارادة من تقوم به • ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العـاهـة المزدوجـة أو الضعف كامل الأهليـة كما يقضى الأصل ، وان امتنعت عليه مباشرة أهليتـه واجراء التصرفات القانونيـة بنفسه أو بمفرده • فنعرض فيما يلى لهذه الموانع على الترتيب المتقدم •

---

(١) انظـر عكس ذلك :
مصطفى كمـال طـه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٦ •

٣١٢ ـ المانع المادى بالغيبة

تنص المادة ٧٤ من قانون « الولاية على المال » على أن « تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه : أولا ـ اذا كان مفقودا لاتعرف حياته أو مماته . ثانيا ـ اذا لم يكن له محل اقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل اقامة أو موطن معلوم خارج (الجمهورية المصرية) واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادارتها » .

فبمقتضى هذا النص يعين وكيل لمن ينقضى على غيابه مدة سنة أو أكثر ، الا اذا كان قد ترك وكيلا عاما تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى فتحكم المحكمة بتثبيته (م ٧٥ من قانون الولاية على المال) .

وواضح من هذا النص كذلك أن الغيبة التى يتحقق بها مانع الأهلية قد تكون غيبة يعتبر فيها الغائب فى حكم المفقود الذى لاتعلم حياته من مماته ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، مادامت انقضت فى الحالين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة ؛ اذ فى الحالة الأولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شئونه ، ولكنه لايتوافر فى الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التى تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من أنابه فى مباشرتها ورعاية شئونه . وظاهر أن الغيبة لاتعتبر من موانع الأهلية الا اذا كان الغائب فى الأصل كامل الأهلية ؛ لأنه لو كان عديمها أو ناقصها لكانت الولاية على ماله ثابتة من الأصل لولى أو وصى أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة اذن مايمنع من مباشرة شئونه اذ يباشرها عنه ـ حتى فى حضوره ـ الولى أو الوصى أو القيم . ولذلك لاتعتبر الغيبة ـ كمانع من موانع الأهلية ـ قائمة ، ولايعين للغائب ـ رغم مرور سنة أو أكثر على غيبته ـ وكيل ، اذا كان مفقودا عديم الأهلية أو ناقصها ، أو كان غائبا غير مفقود ولكن يمكنه ـ رغم غيبته ـ تولى

شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتهـا ؛ ولذلك لاتعتبر كل غيبـة مانعـا من مـوانع الأهليـة ، ولا كل مفقود ـ فى هذا المعنى ـ غـائبا «(١)» .

ولمـا كانت الغيبـة مجرد مانع يقـوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونيـة بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فان الغيبة تنتهى هى وآثارها بزوال سببهـا ، سواء بعـودة الغـائب أو توصله من بعد ـ رغم استمرار الغيبة ـ الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتهـا . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم يعد لهـا محل ، سواء بموت الغائب أو بالحكم ـ اذا كان مفقودا ـ باعتباره ميتا (م ٧٦ من قانون الولاية على المـال) .

٣١٣ ـ المـانع القانونى بالحكم بعقوبة جناية

تنص المـادة ٢٥/رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمـان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الادارة الخاصـة بأمواله وأملاكه . ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمـال عنه ، والا عينت له المحكمـة قيمـا بناء على طلب النيـابة العامـة أو ذى مصلحـه فى ذلك . وفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبـة جنايـة مباشرة أعمـال التصرف الا بناء على اذن من المحكمـة المدنية المذكورة ؛ وكل تصرف يباشره دون الحصول على هـذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقـا ، فالنص صريح فى ذلك اذ يقضى بأن « كل التزام يتعهد به مع عدم مراعـاة ماتقدم ، يكون ملغى من ذاته » .

فالحكم بعقوبة جنايـة اذن مانع قانونى يمنع المحكوم عليـه بها من مباشرة أعمـال الادارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمـال التصرف

---

(١) فى هذا المعنى :
سليمان مرقس ، المرجع السـابق ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٤٤ .

الا باذن من المحكمة ، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته ، اذ مناط الأهلية التمييز والارادة وهما لايزالان سليمين لم يؤثر فيهما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة الجناية «[1]» وحدها دون عقوبه الجنحة أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمكن من الهرب والنجاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه

---

(١) أنظر ما قضت به محكمة النقض من عدم ترتيب هذا المانع على حكم صادر من محكمة الثورة بالسجن ، مقررة فيه انه « لايستلزم حتما وبصفة عامة كل حكم بعقوبة جناية ترتيب الأحكام الوارده فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه فى المادة ٤/٢٥ من هذا القانون ، وانما القاعدة فى ذلك وفقا للماده ٨ عقوبات هى مراعاة احكام هذا الكتاب بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات والجرائم الواردة فى القوانين الاخرى واللوائح الخصوصية مالم ترد فى تلك القوانين او اللوائح نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور... واذا كانت الجرائم التى تنظرها المحاكم غير العادية قد اثمها أمر من أوامر السيادة العليا ، فان الاحكام الصادرة بعقوبه جناية من هذه المحاكم لاتسرى عليها احكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة ٨ من هذا القانون لاتنطبق الا على الجرائم المنصوص عليها فى قوانين او لوائح خصوصية ولايجوز قياس أمر السيادة على القانون فى هذا الخصوص ... لاختلاف طبيعة كل منهما ، بل قد يكون فى اعتبار أمر السيادة بمثابة قانون تفويت للغرض منه ، اذ أن الكتاب الاول من قانون العقوبات ـ كما تضمن قواعد قانونية تسري على اجرائم والعقوبات ـ فانه تضمن أيضا قيودا لاتتفق مع عمل السيادة ... والامران الصادران بتشكيل محكمة الثورة وبيان الأفعال التى تعرض عليها والعقوبات التى توقعها لم يصدر بهما قانون او لائحة بل صدرا على انهما عمل من اعمال السيادة العليا ... ولذلك لم يتبع فى شأنهما مايتبع فى القوانين من نشر بالجريدة الرسمية ؛ كما تفيد نصوص هذين الامرين صراحة استثناء احكام قانون العقوبات بما فيها الكتاب الاول منه فيما استثنى تطبيقه وهى القوانين العادية جميعها ، لتعارض هذا التطبيق مع الغرض الذى انشئت من أجله المحكمة المذكورة ». [نقض ٢٣ يونيه ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، السنة السادسة ، رقم ١٧٧ ، ص ١٣٠٧] .

الحكمـة أن قيـام هذا المـانع واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبـة واستمراره ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالافراج عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا «(١)»؛ فترد أمواله اليه ويقدم له القيم حسابا عن ادارته ٠

٣١٤ ـ المـانع الطبيعي بالعاهتين أو العجز الجسماني الشديد

قد يكون الشخص مصابا بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث هى الصمم والبكم والعمى ، بحيث تتعـذر عليه الاحاطـة الكاملـة بكل ظـروف التعـامل الواقعيـة أو التعبير عن ارادته على الوجه الذى تفهم به عنه فهمـا صحيحـا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه ؛ أو قد يكون مصابا ـ رغم خلوه من هذه العاهات ـ بعجز جسمانى شديد ، كشلل فى لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهـوم بحيث لا يـؤمن انفراده ـ على هذه الحـال ـ بالتصرف فى ماله ٠ فمثل هذا الشخص أو ذاك ، رغم كمال أهليته الذى لاتنتقص منه العاهة المزدوجـة أو العجز الشديد لأن تمييزه وارادته يظلان سليمين لاتشوبهما بسبب ذلك شائبـة ، يكون فى وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية فى شأن مايلزمه اجراؤه من تصرفات قانونيـة ٠ من أجل ذلك ، يقرر القـانـون جواز اقامـة مسـاعد قضـائى يكون بمثابة عـون له فى اجراء هذه التصرفات، بما يضمن احاطته بعناصر الـواقع احاطـة تامـة والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيـا صحيحا ٠ وقد نصت على حالـة العاهـة المزدوجـة المـادة ١١٧/١ من التقنين المدنى بقولهـا « اذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمـة أن تعين له مساعدا قضـائيا يعاونه فى التصرفـات التى تقتضى مصلحته فيهـا ذلك » ؛ ونصت على حالـة العجز الشديد المـادة ٧٠/٢ من قانون الولاية على المـال بقولهـا انه يجوز للمحكمـة تعيين مساعد قضـائى « اذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف

---

(١) تعليقـات وزارة الحقانيـة ، أنظر فى الاشارة اليهـا :
محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، هامش (١)، ص ٣٢٩ و ٣٣٠ ٠

فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » •

وعلى هذا النحو ، لايكفى توافر عــاهتين فى الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولاتوافر العجز الجسمانى الشديد عنده لتعيين مساعد قضــائى يعاونه فى مباشرة التصرفات القانونيــة ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتمــاع العاهتين أو قيــام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن ارادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير • ولذلك ليس ثم مايدعو الى تعيين مساعد قضــائى لشخص ذى عاهــة مزدوجــة أو عجز جسمــانى شديد ، اذا كان يظل ــ رغم العاهة أو العجز ــ مستطيعــا فى يسر الاحاطــة بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيــا صحيحا ، اذ لا يقوم حينئــذ خطر على أموالــه ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونيــة •

فاذا قدرت المحكمــة تعذر تعبير ذى العاهــة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد عن ارادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونيــة ، تعين له مساعدا قضــائيا يعينه على هذه المباشرة • والتقنين المدنى يترك للمحكمــة سلطــة تحديد التصرفات القانونيــة التى تكون مباشرتهــا محلا للمساعدة القضــائيــة لذى العاهــة المزدوجة حيث يذكر أنها « التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » (م ١/١١٧) ، مما يجعل للمحكمــة ولاية تقدير هذه المصلحــة • ولكن قانون الولاية على المــال الصــادر سنة ١٩٥٢ جــاء محددا هذه التصرفات بأنهــا التصرفــات المنصوص عليهــا فى المــادة ٣٩ من نفس القانون ، وهى التصرفات التى لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة (م ١/٧٠)•

واذا كان هذا النص يشعر بتحديد التصرفات التى تكــون محلا للمساعدة القضــائية تحديدا على سبيل الحصر ، فان ضرورة التوفيق بينه وبين نص التقنين المدنى تستلزم استبعاد ذلك ، وتجويز تقرير المساعدة القضائية حتى خارج نطاق هذه التصرفات المحددة ، طالما كانت مصلحــة

ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد تقتضى هذا التقرير «١» .
فالواقع أن المشرع لم يرد بتحديد التصرفات التى تتقرر فيها المساعدة القضائية الا اقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو العجز الجسمانى الشديد تقرير المساعدة فيها ، بحيث يعفى بذلك من اقامة الدليل فى شأنها على توافر هذه المصلحة ؛ ولذلك ليس ثم مايمنع ، فى غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة ، من تحمل عبء اقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة القضائية فى مباشرتها كذلك . وهذا يتيح تقرير المساعدة القضائية خاصة فى صدد ما أغفله قانون الولاية على المال من تصرفات على سبيل التبرع ، رغم أنها أولى بتقرير المساعدة فى شأنها — وهى ضارة ضررا محضا — من التصرفات التى عددها وهى دائرة فحسب بين النفع والضرر «٢» ؛ بل ويتيح تقرير هذه المساعدة كذلك حتى فى بعض التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التى يجوز للوصى مباشرتها دون استئذان المحكمة «٣» ، اذا اقتضت مصلحة ذى العاهتين أو العجز الشديد المساعدة فيها ؛ ويتيح أخيرا قصر هذه المساعدة — حسب مصلحة من تتقرر له — على بعض التصرفات التى يعينها قانون الولاية على المال باعتبارها محلا للمساعدة دون البعض الآخر ، وعدم تحتيم بسطها فى كل الحالات على كل هذه التصرفات «٤» .

---

(١) انظر عكس ذلك :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٥ .

(٢) انظر فى تجويز تقرير المساعدة القضائية فى شأن هذه التصرفات على أساس القياس من باب أولى على التصرفات المعينة فى قانون الولاية على المال :
عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٨ ، ص ١٦٩ .
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، هامش (١) .

(٣) و (٤) انظر عكس ذلك :
اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

وعلى أى حال ، اذ تقررت المساعدة القضائية ، فيجب أن يراعى أن المساعد القضائى — على خلاف الولى أو الوصى على القاصر أو القيم على المحجور — لايباشر منفردا تصرفات ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد نيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ؛ ولذلك لاتصدر التصرفات التى تتقرر بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراده ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائى بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لايجعله نافذا فى حق ذى العاهة المزدوجة أو العجز الشديد . وكذلك فانفراد ذى العاهتين أو العجز بمباشرة تصرف من هذه التصرفات ، يجعله قابلا للابطال لمصلحته ، وهذا ماتقرره المادة ٢/١١٧ من التقنين المدنى بقولها « يكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد.. » ؛ ولذلك يكون للمساعد القضائى اجازته أو المطالبة بابطاله ، ويكون لذى العاهتين أو العجز حق الاجازة أو المطالبة بالابطال بعد زوال المساعدة القضائية المفروضة عليه والقضاء المانع من أهليته بهذا الزوال .

ولكن اذا كان تصرف ذى العاهتين أو العجز الشديد المقررة المساعدة فيه قابلا للابطال اذا انفرد بمباشرته دون معاونة المساعد القضائى ، فالأصل أن مثل هذا الحكم لا يلحق الا تصرفاته الواقعة بعد قيام المانع من أهليته وهو مالايثبت الا عن طريق المحكمة وقرارها بتعيين مساعد قضائى يعاونه . فتوافر هذا المانع واعطاء تصرفات ذى العاهتين أو العجز هذا الحكم ، يرتهن اذن بقرار المساعدة القضائية . غير أن ضرورة اعلام الكافة بهذا القرار وماينشئه من مانع لامكان الاحتجاج عليهم به وبقابلية تصرفات من تقررت له المساعدة للابطال اذا انفرد بمباشرتها ، يجعل للتسجيل هنا نفس الأهمية التى رأيناها فى

شـأن الحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلـة ، بمعنى أن ماينفرد ذو العاهتين أو العجز الشـديد بمباشرته من التصرفـات التى تقررت المسـاعدة فيهـا لا يحتج على الغير بابطالهـا الا اذا كانت واقعة بعد تسجيل طلب المسـاعدة أو بعد تسجيل قرار المسـاعدة اذ لم يكن طلب المسـاعدة قد سجل (م ١١٧/٢ مدنى و م ١٠٢٨ مرافعـات) ، اذ بهذا التسجيل ومن تاريخه يكون الغير عالما أو فى مقام العالم باحتمال المسـاعدة أو بتقريرهـا .

أما تصرفات ذى العاهتين أو العجز الشديد الواقعـة قبل تسجيل طلب أو قرار المسـاعدة ، فتكون فى الأصل صحيحـة لصدورهـا من شخص كامل الأهليـة لايقوم به حينئذ ـ والمساعدة لم تطلب أو تتقرر بعد ـ أى مانع من موانعهـا ؛ الا اذا كان المتعامل أو المتعـاقد مع ذى العاهتين أو العجز سىء النية ، فيمكن الاحتجاج عليه بابطـال التصرف رغم وقوعه قبل تسجيل طلب أو قرار المساعدة «(١)» .

واذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضـائى مع ذى العاهتين أو العجز الشديد فى اجراء التصرفات التى تتقرر المسـاعدة بشأنهـا ، الا أن للمحكمـة ـ رعاية لمصلحة أو مال ذى العاهتين أو العجز ـ أن تأذن بانفراد أحدهما بالتصرف فى حالـة امتناع الآخر . وهذا ماتنص عليه المـادة ٧١ من قانون الولاية على المـال بقولهـا « يشترك المساعد القضـائى فى التصرفات المشـار اليهـا فى المـادة السابقـة . ـ واذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف ، جاز رفع الأمر الى المحكمـة ؛ فان رأت أن الامتناع فى غير محلـه ، أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى ابرامه أو عينت شخصـا آخر للمسـاعدة فى ابرامه وفقـا للتـوجيهـات التى

---

(١) وهذا مستخلص من المـادة ١/١٠٢٨ من تقنين المرافعـات التى تقضى بأن « القرارات المشـار اليهـا فى المـادة ١٠٢٦ (ومن بينهـا قرار المسـاعدة القضـائية) لاتكون حجة على الغير حسن النيـة الا من تـاريخ تسجيل الطلب المقدم عنهـا ، فـان لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم » .

تبينهـا فى قرارهـا » . ـ واذا كان عـدم قيام الشخص الـذى تقررت مساعدته قضـائيـا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر ، جـاز للمساعد رفع الأمر للمحكمـة ، ولهـا أن تأمر ـ بعد التحقيق ـ بانفراد المسـاعد باجراء هذا التصرف » . ويراعى أنه فى هذه الحالـة الأخيرة حيث تأذن المحكمـة للمسـاعد القضـائى بالانفراد باجراء تصرف من التصرفات المقررة فيهـا المساعدة أصـلا ، يعتبر المسـاعد حينئذ ـ بمقتضى هذا الاذن ـ نائبا عن ذى العاهتين أو العجز فى شـأن هذا التصرف وحده ، وليس مجرد معاون له كما هو دوره الأصلى .

واذا كان المانع من أهليـة ذى العاهتين أو العاجز عجزا جسمانيـا شديدا لايتحقق الا بقرار من المحكمـة بالمسـاعدة القضـائيـة ؛ فهو كذلك لايرتفع الا بقرار منهـا برفع المسـاعدة اذا تبين زوال العـاهتين أو احداهمـا أو زوال العجز ، أو تبينت قـدرة الشخص ـ رغم بقـاء العـاهتين أو العجز ـ على الاحاطـة بظروف الواقع وعدم تعذر التعبير عن ارادته تعبيرا صحيحا بحيث تنتفى الخشيـة من انفـراده بمبـاشرة التصرفـات القـانونيـة .

المطلب الثانى

احكـام الولاية على المـال

٣١٥ ـ اهلية الاداء والولاية على المـال

وقفنا فيما تقدم على أهليـة الأداء باعتبارهـا قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونيـة لحسابه وفى ذمته. وتبينا وجود أشخـاص عديمى الأهليـة أو ناقصيهـا اما لصغر فى السن أو لعارض من العوارض التى تعدم التمييز والارادة أو تنتقص منهمـا ، وأشخـاص كاملى الأهليـة ولكن تمنعهم موانع من مبـاشرة أهليتهم سواء كانت موانع مادية أو قانونيـة أو طبيعيـة ، بحيث تكون قدرة

أولئك وهؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية اما منعدمة واما محدودة واما ممتنعه . لـذلك يجعل القـانـون لغيرهم ولايـة مبـاشرتهـا عنهم ولحسـابهم بحيث تنصرف اليهم فتنتج آثارهـا فى ذمتهم ولحسابهم لافى ذمـة أو لحسـاب من لهـم ولايـة مبـاشرتهـا . ومن هنـا ، كانت الولايـة بوجـه عـام هى قـدرة أو سلطـة قـانونيـة لشخص معين فى مبـاشرة التصرفـات القـانونيـة بـاسم ولحسـاب غيره من عديمى الأهليـة أو ناقصيهـا أو كامليهـا ممن تقـوم بهم بعض موانعها أو بما ينتج أثره فى حقهم «١» ؛ والولاية على هذا النحو ، تفترق عن أهليـة الأداء التى هى قـدرة الشخص على مبـاشرة التصرفـات القانونيـة لنفسه ولحسـابه وبما ينتج أثره فى حقه وذمته «٢» .

واذا كانت الولاية بهذا المعنى قد تكون ولاية على النفس أو ولاية على المـال ، فلا يعنينا فى هذا المقـام الا الولاية على المـال وحدها ، دون الولاية على النفس التى تجعل لمن له الولاية القدرة على انشـاء عقد زواج المولى عليه وتنفيذه ، اذ نظرا لخصوصيتها على هذا النحو تدخل أساسا فى دراسـة عقد الزواج «٣» .

---

(١) انظر فى المعنى الفقهى للولايـة عند فقهـاء الشريعـة الاسلاميـة باعتبار انهـا « تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى » :
أحمد ابراهيم ، المقالة السـابقـة ، ص ٥٣٢ .
وانظر مع ذلك فى انتقـاد هذا التعريف ، والاتجاه فى تعريف الولاية الى جعلهـا شاملـة لولاية الشخص على نفسـه وماله وهو مايؤدى الى الخلط بين الأهليـة والولايـة بما يوجب التفرقـة من بعد فى الولاية بين الولاية القاصرة التى هى الأهليـة فى حقيقتهـا وبين الولاية المتعدية وهى الولاية بالمعنى الدقيق :
عمر عبد الله ، أحكام الشريعـة الاسلاميـة فى الأحوال الشخصية ، ص ١٤٨ ، ١٤٩ .
(٢) أنظر سابقا ، ص ٧٨٨ و ٧٨٩ و ٧٩١ و ٧٩٢ .
(٣) أنظر فى الولاية على النفس :
أحمد ابراهيم ، المقالـة السابقة ، ص ٥٣٣ — ٥٣٦ . — عبد الوهـاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، ص ٥٨ — ٦٥ . — عمر عبد الله ، المرجع السـابق ، ص ١٥٠ — ١٦٩ .

وعلى هذا النحو ، تكون الولاية على المـال هى قدرة أو سلطـة قانونيـة لشخص معين فى مباشرة التصرفات القانونيـة بما ينتج أثره فى ذمة ومال غيره من عديمى الأهليـة أو ناقصيهـا أو كامليهـا ممن تقوم بهم بعض موانعهـا ؛ بينما تظل أهلية الأداء من الناحيـة المـاليـة هى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونيـة بما ينتج أثره فى ماله وذمته .

٣١٦ – تنظيم الولاية على المـال ، ومنهج البحث فيهـا

تنص المـادة ٤٧ من التقنين المدنى على أن « يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصايـة أو القوامـة ، بالشروط ووفقا للقـواعد المقررة فى القـانون » وهو التشريع الخاص بالولاية على المـال عموما . وقـد كان قـانون سنة ١٩٢٥ ومن بعده قانون سنـة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبيـة هو الذى ينظم شئـون هذه الولاية ، تنظيما قضى به على ماكان قائما من قبل من تعدد القوانين المطبقة فى هذا الشأن باختلاف ديانات وملل المصريين ووحد أحكامهـا بالنسبـة اليهم جميعـا . ثم حل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ « بأحكام الولاية على المـال » محل قـانون « المحاكم الحسبيـة » فى شـأن الأحكام الموضوعية لهذا التنظيم . أمـا الاجراءات الخاصـة بالولاية على المـال ، فقد أصبح ينظم أحكامهـا اليوم تقنين المرافعات منذ ما أضيف اليه بمقتضى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ كتاب رابع فى الاجـراءات المتعلقـة بمسـائل الأحـوال الشخصيـة ومن بينهـا اجراءات الولاية على المـال .

وسوف نقتصر على بحث الأحكام الموضوعية للولاية على المـال ، مراعين فى ذلك التقسيم الطبيعى للولاية تبعا للمولى عليه ، اذ الولايـة تثبت اما على مـال القصر واما على مال البالغين المحجورين لجنون أو عتـه أو سفه أو غفلـة واما على مـال كاملى الأهليـة ممن يقوم بهم

مانع من موانعها ، فنعرض لكل من هذه الأنواع الثلاثة من الولاية على التوالى .

§ ١ – الولاية على مال القصر

٣١٧ – اصحاب الولاية على مال القصر ومراتبهم .

اذا كان من لم يبلغ سن الرشد يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها تبعا لانعدام تمييزه أو ابتدائه بحيث يفتقد القدرة على مباشرة كل أو بعض التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه ، فيحتاج اذن الى من يباشر عنه هذه التصرفات بما ينتج أثره فى ماله وذمته أى الى فرض الولاية على ماله وايجاد ولى يرعى شئونه ويباشر عنه تصرفاته .

والولاية على مال القصر تثبت اما للولى واما للوصى . و« الولى » بالمعنى الضيق هو اصطلاح شاع اطلاقه فى فقه الشريعة الاسلامية على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب ، وورثناه عنه . أما « الوصى » فهو غير الأب أو الجد الصحيح ، الذى يولى على مال الصغير القاصر اما بالاختيار من قبل الأب واما بالتعيين من قبل المحكمة .

والأصل أن الولاية على مال الصغير القاصر تثبت أولا للأب فهو أولى من غيره بها ، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار احتراما لارادته التى عبر عنها قبل وفاته باختياره ، ثم تثبت من بعد الوصى المختار للجد الصحيح أى لأبى الأب ، ثم تثبت من بعد ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء . وقد نص على هذا الترتيب قانون الولاية على المال ، اذ تقضى المادة الأولى منه بأن « للأب ، ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا ، الولاية على مال القاصر . وعليه القيام بها ، ولايجوز له أن يتنحى عنها الا باذن المحكمة » . وتقضى المادة ٢٩ منه بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين

المحكمــة وصيــا ... » »(١) .

ولن نعرض للأولياء على مال القاصر بهذا الترتيب ، وانما نعرض أولا للــولى بالمعنى الضيق ثم للوصى ، لأن سلطــات الــولى ـ رغم بعض التفاوت فيهــا بين الأب والجد الصحيح ـ أوسع نطاقا ومــدى من سلطــات الوصى سواء كان مختارا من الأب أو معينا من المحكمــة ، نظرا لما يفترض فى الولى من شفقــة بالصغير قد لا تتوافر فى الوصى .

٣١٨ ـ ولاية الولى أو ولاية الأب والجــد

١ ـ **ثبوت الولاية** : الأصل فى الولاية على مال الصغير القاصر ثبوتهــا للأب أولا ، والا فتثبت للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختــار وصيــا على مال ابنه . والولاية تثبت على مــال القاصر ـ سواء للأب أو للجد ـ بقوة القانون دون حاجة الى صدور قرار من المحكمــة بتعيينــه أو تثبيته وليا على ابنه أو ابن ابنه القاصر ، لأنهــا ولاية طبيعيــة مفروضة بحكم صلــة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة وماتفرضــه على الأب أو الجــد باعتباره الأصل من واجب رعايــة مصــالح الابن المحتــاج الى الرعايــة لقصره باعتباره الفرع . بل ان ثبوت الولاية على هذا النحو ، لا يجعلهــا حقــا للأب أو الجد فحسب ، بل يفرضهــا كذلك واجبــا عليه بحكم مركزه العائلى بالنسبــة الى ابنه أو فرعه الصغير ؛ ولذلك يقضى قانون الولاية على المــال بأنه لا يجوز للأب أو الجــد أن يتنحى عن الولاية الا باذن المحكمــة (م ١) ، لضمــان الرقابــة على الأسباب

---

(١) يتبع القانون فى ترتيب الأولياء وفى تفضيل الوصى المختار من الأب على الجد الصحيح مذهب الحنفيــة الذى كان يــؤسس هذا التفضيل على ان وصى الأب يقوم مقام الأب ، فكأن الأب موجود بوجود هذا الوصى ولا ولاية للجد مع وجــود الأب . وهو فى ذلك يخالف مذهب الشافعيــة فى تفضيل الجــد على الوصى المختار ، ومذهب المالكية والحنابلة فى حــرمان الجــد من الولاية اطلاقا وقصر الولاية على الأب ثم وصيه ثم القاضى (انظر : أحمد ابراهيم، المقالة السابقــة ، ص ٥٣٦ . ـ محمود سعد الدين الشريف ، الرسالــة السابقــة ، فقرات ١٥٦ و ١٥٧ ، ص ١٣٠) .

التى تبرر مثل هذا التنحى والتخلى عن أداء الواجب العائلى المقدس المفروض بحكم الطبيعة والقانون ، ولتأمين مصلحة الصغير بعدم تركه ـ نتيجة هذا التخلى ـ دون ولى على ماله حتى يعين من يتولى شئونه اذا كان التنحى مبررا أو مقبولا «١» .

ومن البديهى أنه لايتصور ثبوت الولاية للأب أو الجد على مال ابنه أو ابن ابنه القاصر الا اذا كان هو نفسه كامل الأهلية فى شأن مايباشره نيابة عن القاصر من تصرفات ؛ لأن الولاية تفترض سد العجز فى أهلية المولى عليه ، فلا يتأتى اسناد الولاية الى من يتوافر فيه مثل هذا العجز فيكون بدوره محلا للتولية على ماله لا صالحا للولاية على مال غيره . ولذلك تنص المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » . ويبدو من ذلك أن النظر الى أهلية الأب أو الجد لايكون نظرا عاما الى كل حقوق الولاية وانما نظرا خاصا الى كل حق منها على حدة ؛ ولذلك اذا كان الولى أهلا لمباشرة بعض هذه الحقوق دون بعض ، تبقى ولايته فيما هو أهل لمباشرته ، أما ماليس له أهلا فتقيم المحكمة وصيا خاصا لمباشرته (م ٣١/و من قانون الولاية على المال) .

والأصل أن الولاية متى ثبتت للأب أو للجد ، فهى تثبت له على كل أموال القاصر ، ولكن المشرع يستثنى من ذلك مايتبرع به للقاصر من مال اذا رغب المتبرع فى اخراجه من ولاية الولى ، اذ تنص المادة الثالثة من قانون الولاية على المال على أنه « لايدخل فى الولاية مايؤول للقاصر من مال بطريق التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » ، وحينئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وادارته (م ٣١/د من قانون الولاية على المال) .

---

(١) فى هذا المعنى :
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

٢ ـ سلطات الولى وواجباته : تنحصر وظيفة الولى فى رعاية أموال القاصر وادارتهـا والتصرف فيهـا على النحو الذى يحدده القانون (م ٤ من قانون الولاية على المـال) • وتفرض عليه هذه الوظيفة بادىء الأمر جرد أموال القاصر وتحرير قائمة بما يكون له من مال وايداع هذه القائمة قلم كتاب المحكمـة التى يقع بدائرتهـا موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية ، وتفرض عليه كذلك تحرير قائمـة مماثلـة بما يؤول للقاصر من مال وايداعها قلم كتاب المحكمةفىمدى شهرين من هذه الأيلولة (م ١٦/١)• واخلال الولى بهذا الواجب ـ سواء بالامتناع عن القيـام به أو بالتأخير فى هذا القيـام ـ يجوز للمحكمـة اعتباره تعريضـا من جانبه لمـال القاصر للخطر (م ١٦/٢) ، وهو ما قد يعتبر سببا من أسباب سلب الولاية أو الحد منهـا (م ٢٠) •

ووظيفة الولى تفرض عليه وتعطيه الحق فى القيام عن الصغير بما يعجز عن القيام به من تصرفات نظرا لانعدام أو نقص أهليته•وقد حدد القانون مدى ولاية الولى وسلطاته على مال القاصر أو قدرته على القيام عنه بهذه التصرفات، مراوحا فيها بين الضيق والاتساع بحسب طبيعة التصرف من ناحية وبحسب كون الولى هو الأب أو الجد الصحيح من ناحية أخرى ؛ فالتصرفات ليست سواء من حيث نفع القاصر أو ضرره ، والأب بالنسبـة الى الصغير أحنى وأشفق عليه من جده • وقد ساوى القانون بين الأب والجد فى ولاية مباشرة التصرفات النافعـة نفعـا محضـا والتصرفات الضـارة ضررا محضـا على السواء ، ولكنه فاوت بينهما فى صدد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر •

فللولى ـ أبا كان أو جدا ـ سلطة مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر ، ولكن لايجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملـة بالتزامات معينة الا باذن المحكمـة (م ١٢) • وليس للولى ـ أبا كان أو جدا ـ مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا بالقاصر بالتبرع مثلا ، « الا لأداء

واجب انسانى أو عائلى وباذن من المحكمـــة » (م ٥) ؛ وبذلك لاتجعل له ولاية فى الاضرار بالقاصر ، بل يترك أمر التبرع من ماله ــ فى حدود هذه الأغراض ــ للمحكمة ولتقديرها المطلق •

أما **التصرفات العائرة بين النفع والضرر** ، فهى تلك التى تختلف فى شأن مباشرتهـا سلطـة الأب عن سلطة الجد ؛ وهذا الاختلاف قاصر على مايتعلق منهـا بأعمال التصرف دون أعمال الادارة •

فما يتعلق منها **باعمال الادارة** ، يملكه الأب والجد على السواء كقاعدة عامة ؛وان كان لايجوز لأى منهمـا بغير اذن المحكمـة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى مابعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠) ، ولا الاستمرار فى تجارة آلت الى القاصر الا باذن من المحكمة وفى حدود هذا الاذن (م ١١)•

وأما يتعلق منها **باعمال التصرف** ، فولاية الأب فى شـأنها أوسع من ولاية الجد نظرا لموفور شفقته على الصغير : اذ يكون للأب فى الأصل ولاية التصرف فى أموال القاصر ، ولايستثنى من هـذا الأصل الا بعض أعمال التصرف الهامـة المحددة على سبيل الحصر فلا يملك الولى مباشرتها الا باذن المحكمـة ، وهى التصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق الماليـة اذا زادت قيمتهـا على ثلثمائة جنيه (م ١/٧) «١» واقراض مال الصغير واقتراضه (م ٩) • وأما الجد فهو على خلاف الأب ، اذ ليست له ولاية التصرف فى أموال الصغير القاصر الا باذن المحكمـة ، ولذلك تنص المـادة ١٥ من قانون « الولاية على المـال » على أنه « لايجوز للجد ، بغير اذن المحكمـة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينـات أو اضعافهـا » •

ولكن اذا كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد فى شأن التصرف فى مال القاصر على هذا النحو ، فاستثناء من هذا الأصل يستوى الأب والجد

(١) ولكن « لايجوز للمحكمـة ان ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل اموال القاصر فى خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيـمة » (م ٢/٧) •

فى ضرورة استئذان المحكمـة والخضوع لاشرافهـا فى التصرف فيمـا يؤول الى القاصر من مال موروث أوصى المورث بعدم تصرف الولى فيه (م ٨) ، اذ فى ذلك تحقيق لرغبة المورث ورعاية لمصلحة الصغير على السواء بتقييد الولى باذن المحكمـة واخضاع اتمامه للتصرف لاشرافها ورقابتها . كما يستويان فى أنه لايجوز لأى منهما « أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة »[1] ، ولا ... أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » (م ٦) ، وذلك بقصد تنزيه الولى ودفع شبهة استغلاله القاصر وتعريض ماله للخطر أو محاباة نفسه أو زوجه أو أقاربهمـا على حسـابه ، خاصـة وأن الأمر يعنى عقارا للقاصر لامنقولا والمشرع مايزال متأثرا بالتقليد الجارى على اعتبار العقارات أكبر فى القيمـة الاقتصـاديـة من المنقولات .

واذا كان الأصل أن المشرع يمنح الأب ثقة وسلطات أكبر مما يمنح الجد لافتراضه زيادة شفقته على الصغير وايثاره له،فان هذه النظرة المتفاوتة الى الأب والجد على هذا الأساس هى التى تكمن وراء كل الفروق الأخرى بينهما فى السلطـات وفى المسئولية على السواء .

فمن ذلك أن المشرع ، رعاية للأب ولمركزه من ابنه القـاصر ، يخرج فى شأنه على الأصل المقرر فى المـادة ١٠٨ من التقنين المدنى من عـدم جـواز تعاقد النائب مع نفسه باسم الأصيل ، فيجعل « للأب أن يتعـاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، الا اذا نص القانون على غير ذلك » [2] (م ١٤ من قانون الولاية على المـال) . بينما يظل الجد على حكم الأصل من عدم جواز تعاقده مع

---

(١) اذا اذنت المحكمـة بهذا التصرف ، فيكون لها ان تعين وصيا خاصا يتعاقد مع الأب (م ٣١/ب) .

(٢) كنص المـادة السـادسة من قانون الولايـة على المـال الذى سبقت الاشـارة اليه .

لنفسه باسم القاصر ، ولكن للمحكمة أن تعين وصيا خاصا يبرم معه العقد (م ١/٣١) .

وكذلك ماينص عليه المشرع من أنه « لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ماآل الى القاصر من مال بطريق التبرع ، صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » (م ١٣) . فهذا الاعفاء بما يتضمنه من اطلاق ولاية التصرف قاصر على الأب وحده دون الجد . فبينما تظل ولاية الجد على المال الذى تبرع به للقاصر هى نفس ولايته وبحدودها على بقية أمواله ؛ تكون للأب الولاية الكاملة للتصرف فى المال الذى تبرع به لابنه ؛ فرغم أن هذا المال قد صار ملكا للابن ، الا أن للأب ــ خروجا على الأصل ودون استئذان المحكمة ــ التصرف فيه باسم الابن بكافة أنواع التصرفات حتى ماكان منها ضارا بالابن ضررا محضا .

وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه « لايسأل الأب الا عن خطئه الجسيم، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى» (م ٢٤) حتى عن الخطأ العادى اليسير ، اذ لايتفق ومقام الأب من ابنه أن يقف أمامه موقف المسئول عن خطأ يسير .

٣ ــ **رقابة الولى** : رأينا أن الولى يخضع لرقابة المحكمة وضرورة استئذانها فى بعض التصرفات ، وان كان الأب يمتاز على الجد بقلة التصرفات التى يحتاج الى اذن المحكمة فى مباشرتها . وتفاوت مدى خضوع الأب والجد للرقابة يتبدى كذلك من ناحية المسئولية والحساب ، فقد أشرنا الى أن الأب لايسأل الا عن الخطأ الجسيم ، بينما يسأل الجد حتى عن الخطأ اليسير ، مما يجعل الرقابة على الجد أشد منها على الأب. وكذلك اذا انقضت الولاية ببلوغ القاصر ووجب رد أمواله اليه ، فحساب الأب عن ذلك يكون أيسر من حساب الجد، اذ الأصل أن الأب لايحاسب على ماتصرف فيه من ريع مال القاصر الا اذا كان ريع مال موهوب للقاصر

لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢/٢٥) ، بينما يحاسب الجد نفس حساب الوصى (م ٢٦) .

وفيما عدا هذه الحالات ، يتساوى الأب والجد من حيث الرقابة . ولذلك رأينا أن عدم ايداع الأب أو الجد قائمة بمال القاصر أو ما يؤول اليه منه أو تأخيره فى الايداع، قد تعده المحكمة من قبيل تعريض مال القاصر للخطر ، وهو مايعطيها سلطة توقيع جزاءات خطيرة على الولى . ذلك أن الأصل أنه اذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر يرجع الى تقصيره ، فان ذلك يعطى المحكمة سلطة الحد من ولاية الولى أو سلطة سلبها فى الأحوال الخطيرة (م ٢٠) ؛ وحينئذ لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى سلبها أو الحد منها (م ١/٢٣) .

٤ ـ وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها : رأينا فيما تقدم أن رقابة المحكمة للولى قد تؤدى بها الى الحد من ولايته أو سلبها ، حيث يؤدى بسوء تصرفه أو تقصيره الى تعريض أموال القاصر للخطر (م ٢٠) . وكذلك يرتب المشرع على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير «١» سقوطها وسلبها كذلك بالنسبة الى المال (م ٢٢ من قانون الولاية على المال ، وم ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس) ، اذ مادام ليس مؤتمنا على نفس الصغير فلا يؤتمن كذلك على ماله .

وقد لا تسلب الولاية بل توقف فحسب بقرار من المحكمة اذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة (م ٢١) ، اذ يقوم به حينئذ مانع من موانع الأهلية لايتصور معه بقاء ولايته والولاية تفترض فى الولى الأهلية الكاملة دون مانع .

---

(١) انظر فى اسباب سلب الولاية على النفس م ٢ و ٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

وكما تسلب الولاية أو توقف بقرار من المحكمـة ، لاتعود كذلك الا بقرار منها بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى السلب أو الوقف. ومع ذلك ، لايقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه الا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض (م ٢٣) .

واذا استمرت الولاية قائمة فلم توقف أو تسلب لما ذكرنا من أسباب، فانها تنقضى بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه بعد هذا البلوغ (م ١٨) ، لبلوغه مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفله «[1]» . وعلى الولى أو ورثته رد أموال القاصر اليه عند انقضاء الولاية أو قيمة ماتصرف فيه منها باعتبار القيمة وقت التصرف، مع مراعاة ماتقدم من عدم محاسبة الأب ـ على خلاف الجد ـ عما تصرف فيه من ريع مال القاصر (م ٢٥) .

٣١٩ ـ ولاية الوصى

١ ـ تعيين الوصى : الوصى هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له الولاية على مال الصغير القـاصر ، سواء بالاختيـار من قبل الأب «[2]» أو بالتعيين من قبل المحكمـة . والوصى المختار أو وصى الأب مقدم ـ كما رأينا ـ على الجد ، بينما يتقدم الجد على وصى المحكمة . ولذلك تثبت الولاية على مال القاصر عند عدم وجود الأب لوصيه المختار حتى مع وجود الجد ، فاذا لم يكن الأب قد اختار وصيا فالولاية للجد اذ وجد ، فان لم يوجد تؤول الولاية الى من تعينه المحكمـة وصيا . وبذلك يوجد فارق جوهرى بين الولى بالمعنى الضيق وبين الوصى من حيث ثبوت الولاية على

---

(١) انظر سابقا ، ص ٨٠٤ ـ ٨٠٦ .

(٢) يقصر القانون حق اختيار وصى على الأب وحده ، فليس للجد اختيار وصى يحل محله بعد وفاته على مال ابن ابنه خلافا لما يذهب اليه فقهاء الحنيفة خاصة (انظر : محمود سعد الدين الشريف ، الرسالة السابقة ص ١٢٩ـ١٣١ . ـ عبد الوهاب خـلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥١) . ولذلك اذا لم يوجد للقاصر اب ولا وصى مختار منه ولا جد ، تعين المحكمـة له وصيا غير متقيدة بالوصى الذى يكون الجد قد اختاره .

مال القـاصر ؛ فالأول بوصفـه أبا أو جدا للصغير تثبت له الولاية بقـوة القانون دون تعيين أو تثبيت من المحكمة «١» ؛ بينما لاتثبت الولاية للوصى الا بقرار بالتعيين أو التثبيت على حسب الأحوال ، فالوصى المختار من قبل الأب لابد أن تعرض وصـايتـه على المحكمـة لتثبيتهـا (م ٢٨/٤) ، وأماوصى المحكمـة فظـاهر أنه لابـد من صـدور قرار من المحكمـة بتعيينه (م ٢٩) .

واذا كان للأب اختيار وصى لابنه القاصر أو حتى للحمل المستكن (م ٢٨/١) ، فيشترط أن يثبت الاختيار بورقـة رسميـة أو عرفيـة مصدق على توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضـائه ؛ ويجوز للأب فى أى وقت أن يعدل عن اختياره (م ٢٨/٢و٣) .

واذا كان الأصل أن ولاية الوصى عامة على كل أموال القاصر ، فقد تدعو الضرورة الى أن تقيم المحكمـة وصيـا خاصا تحدد مهمته تحديدا دقيقا تقصر بمقتضاه ولايته على بعض أموال القاصر أو بالنسبة الى تصرفات معينة بالذات ، بحيث يقوم هذا الوصى الخـاص بالولاية المحـدودة فى نطاق مهمته الى جوار الولى أو الوصى العام الذى تظل له الولاية العامـة على أموال القاصر . واقامـة وصى خاص على هذا النحو يتحقق : حيث تستلزم الظروف دراية خاصـة لأداء بعض الأعمال . أو حيث يكون الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية . أو حيث يحتاج الأمر الى التولية على مال آل الى القاصر بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى أو الوصى العام «٢» ادارته «٣» . أو حيث تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة

---

(١) انظر سابقا ، ص ٨٣٣ .

(٢) يقتصر النص على حالة اشتراط المتبرع عدم تولية الولى على المـال المتبرع به للقاصر (م ٣ و ٣١/د) . ولكن من الواضح انصرافه كذلك عن طريق القياس الى حالـة اشتراط عدم تولية الوصى العام على هـذا المـال (فى هذا المعنى : اسماعيل غـانم ، المرجع السـابق ، ١٩٥٨ ، هامش (٢) ص ٢٠٦) .

(٣) الا اذا كان المتبرع قد اقام وصيا مختارا ، فتعرض الوصاية على المحكمـة لتثبيتهـا ، كما هو الشأن فى الوصى المختار من الأب (م ٢٨) .

الولى فى الحالات التى يجب فيهــا استئذان المحكمــة «١» أو مع مصلحة الوصى أو زوج أحدهما أو أحد أصوله أو فروعــه أو قاصر آخر مشمول بولايته أو وصايته ، أو حيث يراد ــ بين القاصر وبين أحد من هؤلاء الذين تتعارض مصلحته مع مصالحهم ــ ابرام عقد أو تعديله أو فسخه أو ابطاله أو الغاؤه (م ٣١) • وكذلك يجوز للمحكمــة تعين وصى خصومة خاص اذا كان القاصر طرفــا فى خصومة ولو لم يكن له مال (م ٣٣) • ففى كل هذه الحالات يكون وجود وصى خاص ضمانا قويا أكيدا لرعاية مصلحــة القاصر بوجه عــام وحمايته من استغلال الولى أو الوصى بوجه خاص •

وظاهر من ذلك أن ولاية الوصى الخاص ــ على خلاف ولاية الوصى العام ــ يكون بقاؤها مؤقتا ومرتهنا بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته•وتكون الوصاية كذلك مؤقتة ــ حتى ولو لم تكن خاصة من حيث المال أو التصرف ــ حيث يعين « وصى مؤقت » من قبل المحكمــة ، اذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، أو وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) •

وعلى أى حال ، فيشترط لتعيين الوصى أو تثبيته أيا كان وصفه ــ وصيــا عاما أو خاصا أو مؤقتا أو مختارا أو معينا من قبل المحكمــة ــ أن يكون عدلا كفؤا ذا أهليــة كاملــة ، وأن يكون من طائفة القــاصر والا فمن أهل مذهبه والا فمن أهل دينه ؛ وألا يوجد مايمس شرفــه أو نزاهته أو سيرته أو أمانته ، أو مايشكك فى حيدته وحسن رعايتــه للقاصر نتيجة تحريم الأب لوصايته أو وقوفه من القاصر موقف المنازعــة القضائية أو العداوة العائليــة «٢» •

---

(١) انظر سابقا ، ص ٨٣٧ .

(٢) تفصل المــادة ٢٧ من قانون الولاية على المــال هذه الشروط بقولها : « يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة . ولايجوز بوجه خاص أن يعين وصيا : (١) المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلــة بالآداب او المــاسة بالشرف أو النزاهة . ومع ذلك اذا انقضت على تنفيذ العقوبة مــدة تزيد على خمس سنوات ، جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط . (٢) من حكم =

والأصل — فى غير حالات تعيين وصى خاص — أن يكون الوصى العام على مال القاصر واحدا ، ولكن ليس ثم مايمنع من تعيين عدة أوصياء اذا اقتضت الضرورة ذلك . وفى هذه الحالـة يلزم اجماعهم ، وعند اختلافهم يرفع الأمر الى المحكمـة لتأمر بما يتبع . ولكن اذا كانت المحكمـة قد حددت لكل منهم — فى قرار التعيين أو فى قرار لاحق — اختصاصا معينا ، فيكون له وحده الانفراد — دون الباقين — بالعمل والتصرف فى حدوده . وعلى أى حال فيظل لكل منهم الانفراد باتخـاذ الاجراءات الضروريـة أو المستعجلـة أو المتمحضة لنفع القاصر (م ٣٠) .

٢ — **واجبات الوصى** : يفرض القانون على الوصى واجبات معينة ضمانا لحسن أدائه وظيفته ورعايته أموال القاصر ، أهمهـا وجوب تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتهـا باذلا فى ذلك من العناية مايطلب من الوكيل المأجور (م ٣٦ و ٨٦) حتى ولو كان غير مأجور الوصاية . والتشديد على الوصى غير المأجور وتسويته بالوصى المأجور فيما يبذل من عناية باقتضـاء أن تكون هى عناية الرجل المعتاد (م ٣٦ و ٨٦ من قانون الولاية على المال و م ٧٠٤/٢ مدنى) لامجرد العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ولو كانت أدنى من عناية الرجل المعتاد كما هو شـأن قرينه الوكيل غير المأجور (م ٧٠٤/١ مدنى) ، مرده ضعف الصغير القاصر ضعفا لا يجب معه التهاون فى عناية الوصى بشئونه حتى ولو كان متطوعا غير مأجور ، خاصة

= عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته . (٣) من كان مشهورا بسوء السيرة ، أو من لم يكن له وسيلـة مشروعة للتعيش . (٤) المحكوم بافلاسه الى ان يحكم برد اعتباره . (٥) من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر . (٦) من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقهـا انها تبرر ذلك ؛ ويثبت الحرمان بورقـة رسمية أو عرفيـه مصدق على امضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه . (٧) من كان بينه هو احد أصوله او فروعـه او زوجه وبين القـاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر او عائلته عداوة اذا كان يخشى من ذلك على مصلحة القاصر . — ويجب على كل حال ان يكون الوصى من طائفة القاصر ، فان لم يكن فمن أهل مذهبه ، والا فمن أهل دينه » .

وأن الوصاية فى أصلها تكون غير مأجورة يقصد بها نجدة الصغيروالتطوع لخدمته، الا أن يكون الوصى محتاجا «١» فلا بأس من تقدير أجر له «٢» •

وضمانا لأموال القاصر وهى تحت يد الوصى من تقصيره فى حفظها ، يكون للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها ، ولكن على أن تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات — كمصاريف ما يقدمه الوصى من رهن رسمى — على حساب القاصر (م ٣٧) •

وعلى الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى، وأن يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالتها واحترامه الأسس التى عينتها له لتجرى عليها القسمة (م ٤٠/١) • وعليه أن يعرض على المحكمة بغير تأخير مايرفع على القاصر من دعاوى ومايتخذ قبله من اجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى شأنها ماتأمر به المحكمة (م ٤٢) • وعليه كذلك أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ماترى لزوما لايداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وأن يودع هذا المصرف أو احدى خزائن المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة اجماليا لحساب مصروفات الادارة ، على أن يتم الايداع فى الحالين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم الأموال المودعة ، وليس له أن يسحب شيئا منها بغير اذن المحكمة (م ٤٣ و ٤٤) •

وعلى الوصى كذلك، اذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه أو كانت أقل من ذلك حسبما تتطلب المحكمة ، تقديم حساب سنوى

---

(١) وذلك مصداق قوله تعالى «ومن كان غنيا فليستعفف، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » (انظر : عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٧) .

(٢) ولذلك تنص المادة ٤٦ من قانون « الولاية على المال » على ان « تكون الوصاية بغير اجر ، الا اذا رأت المحكمة — بناء على طلب الوصى — أن تعين له أجرا او ان تمنحه مكافأة عن عمل معين » .

قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن ادارته . وفى جميع الأحوال ، يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته (م ٤٥) .

٣ ـ سلطات الوصى : من الطبيعى أن يضيق المشرع من سلطات الوصى أكثر مما يضيق من سلطات الولى نظرا لصلة الدم الوثيقة المباشرة بين الولى وبين القاصر ، بل لقد رأيناه فيما يتعلق بالولى يوسع من سلطات الأب أكثر من الجد نظرا لمركزه الأقرب الى القاصر . وعلى هذا النحو ، تتدرج سلطات من لهم الولاية على القاصر تدرجا تنازليا من الاتساع الى الضيق ، فتكون أوسعها عند الأب وأضيقها عند الوصى ووسطا بين السعة والضيق عند الجد .

وسلطات الوصى لاتختلف باختلاف كونه مختارا من الأب أو معينا من قبل المحكمة ، لأنه فى حال اختياره من الأب تخضع وصايته لتثبيت المحكمة واقرارها فيكون فى حكم المعين ابتداء من قبلها .

ويتساوى الوصى فى سلطاته مع الأب والجد فى شأن التصرفات النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا ، فهو مثلهما يملك مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا «[1]» ، ولا يملك فى الأصل مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا الا لأداء واجب انسانى أو عائلى وباذن من المحكمة (م ٣٨) .

ولكنه يختلف عن الأب والجد على السواء فى شأن مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فالقاعدة أن الوصى لايملك مباشرة هذه التصرفات ، سواء منها ماتعلق بأعمال التصرف أو بأعمال الادارة ، الا باذن

---

(١) ولكن لايجوز للوصى ـ كالولى ـ أن يقبل تبرعا للصغير ـ هبة كان أو وصية ـ اذا كان مقترنا بشرط أو محملا بالتزام ، أو يرفضه ، الا باذن المحكمة (م ٣٩/تاسعا) ، اذ بذلك يصير هذا التبرع فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التى تتقيد مباشرة الوصى لها فى الأصل باستئذان المحكمة .

من المحكمة «[١]» ؛ ولكن استثناء من هذه القاعدة تثبت له ـ دون استئذان المحكمة ـ ولاية مباشرة بعض أعمال الادارة القليلة الأهمية ، كايجار عقار القاصر مدة لاتجاوز ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية وسنة فى المبانى، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة «[٢]» . وبذلك يتبدى الفارق الكبير بين سلطات الوصى وسلطات الأب خاصة فى هذا الشأن ، اذ بينما يملك الأب فى الأصل مباشرة أعمال التصرف وأعمال الادارة على السواء دون استئذان المحكمة ، يتقيد الوصى فى

---

(١) انظر فى اختلاف هذا الحكم عن فقه الشريعة الأسلامية وفقه الحنفية خاصة ، وتبريره مع ذلك :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٢) تفصل المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال الأصل الذى ذكرناه من تقيد سلطات الوصى فى شأن مباشرة أعمال الاداره وأعمال التصرف باذن المحكمة الا مايستثنى ، بتعداد التصرفات التى ترتهن مباشرة الوصى لها بهذا الاذن ، اذ تقضى بأنه « لايجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية الا باذن من المحكمة : أولا) جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية او التبعية ، او نقله أو تغييره او زواله ؛ وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . (ثانيا) التصرف فى المنقولات او الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية ، فيما عدا مايدخل فى اعمال الادارة. (ثالثا) الصلح والتحكيم الا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة . (رابعا) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة . (خامسا) استثمار الأموال وتصفيتها . (سادسا) اقتراض المال واقراضه . (سابعا) ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى . (ثامنا) ايجار عقار القاصر لمدة تمتد الى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة. (تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها . (عاشرا) الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم الا اذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ . (حادى عشر) الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة او على القاصر . (ثانى عشر) رفع الدعاوى الا مايكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام . (رابع عشر) التنازل عن التأمينات واضعافها . (خامس عشر) ايجار الوصى اموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما الى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه . (سادس عشر) مايصرف فى تزويج القاصر . (سابع عشر) تعليم القاصر اذا احتاج للنفقة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة » .

الأصل بهذا الاستئذان فى شأن مباشرتها . أما الفارق بين سلطـات الوصى وسلطـات الجـد ، فلا يبدو الا فى شـأن أعمـال الادارة وحدهـا ، حيث تضيق سلطـة الوصى فيهـا عن سلطة الجد اذ الأصل هو قدرة الجد على مباشرتهـا دون استئذان المحكمة وتقيد الوصى — الا فيما يستثنى — بمثل هذا اذن ؛ أما أعمـال التصرف ، فسلطتهمـا واحدة فى شأنها ، اذ ترتهن مباشرتهـا من أيهما باذن المحكمـة .

٤ — **رقابة الوصى** : أخضع القانون الوصى لرقابة محكمـة من قبل المحكمـة . ففضلا عن رقابة المحكمـة للـوصى رقابة تكاد تكون تامة ، نتيجـة ابقـاء القـانون بيدها زمام الاذن للوصى فى كافـة التصرفات الا القليل النادر المستثنى المتعلق ببعض أعمـال الادارة ، ونتيجة رقابتها لما يلتزم به الوصى — طبقـا للقانون أو لما تلزمه هى به — من تقديم حسـاب سنوى ؛ قد جعل القانون لهـا كذلك سلطـة توقيع جزاءات جنائية على الوصى ، اذا قصر فى أداء الواجبات المفروضـة عليه بمقتضى القانون أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمـة ، بالحكم عليـه بغرامـة لاتزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه «[١]» وعزله أو بأحد هذه الجزاءات ، ويجوز للمحكمـة أن تمنح القاصر هذه الغرامـة أو جزءا منها (م ٨٤/١ و ٢) .

وكذلك جعل القـانون للمحكمـة — فى سبيل احكام الرقابة على الوصى — سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى — ولو كان مختارا (م ٨٠) — فى أداء واجباته ، بحيث يجب عليه ابلاغ المحكمـة أو النيابة كل أمر تقتضى

---

(١) ولكن « يجوز اعفاء الوصى من الجزاء المـالى — كله أو بعضه — اذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم اعذارا تقبلها المحكمة» (م ٣/٨٤) . وحينئذ اذا كان قد نفذ على ممتلكـات الوصى ، فلا حق له الا فى استرداد ما حصل من التنفيذ . أمـا اذا كان المزاد قد رسا على قلم الكتاب ، فلا يكون له الا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ، مالم يكن هناك مانع ؛ فاذا وجد فلا يكون له استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات (م ٨٥) .

المصلحة رفعه اليهما ، ويلتزم الوصى باجابته الى كل مايطلبه من ايضاح عن ادارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال • ويجب على المشرف ، اذا خلا مكان الوصى لسبب من الأسباب ، أن يطلب الى المحكمة اقامة وصى جديد ؛ ويكون له — الى أن يباشر هذا الوصى عمله — أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر (م ٨١) •

٥ — **انتهاء الوصاية** : تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بزوال السبب المفروضة من أجله ، أى ببلوغ القاصر الخاضع لها احدى وعشرين سنة غير محكوم قبل هذا البلوغ باستمرار الوصاية عليه بعده (م ١/٤٧) لجنون أو عته أو سفه أو غفلة «١» • هذا فى شأن الوصاية العامة ، أما فى شأن اوصاية الخاصة أو الوصاية المؤقته ، فتنتهى انتهاء طبيعيا بانتهاء العمل الذى أقيم الوصى الخاص لمباشرته أو بانتهاء المدة التى اقتضت تعيين الوصى المؤقت خلالها (م ٣٥) كأن تعود الولاية للولى بعد سابق وقفها أو سلبها (م ٢/٤٧) أو تزول الظروف المؤقتة التى حالت دون أداء الوصى الأصلى العام لواجباته • وعلى أى حال ، فالوصاية تنتهى انتهاء طبيعيا كذلك بموت القاصر (م ٤/٤٧) •

ولكن قد تنتهى الوصاية قبل أوان انتهائها الطبيعى اما باستقالة الوصى وقبولها ، واما بعزله بقرار من المحكمة • والمحكمة تحكم بعزله فى حالتين : (١) اذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ، ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه • (٢) اذا أساء الادارة أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر (م ٤٩) • وكذلك تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض المعدمة لأهلية الوصى أو المنتقصة منها ، أو بثبوت غيبته ، أو بموته (م ٤/٤٧) • وعلى أى حال ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أو تنتقص منها ، يكون للمحكمة

(١) انظر سابقا ، ص ٨٠٤ — ٨٠٦ •

أن تأمر بوقفـه حتى يتحدد مركزه بصـدور قرار الفصل أو بثبوت العارض (م ٤٨) .

واذا انتهت الوصاية لأى سبب من الأسباب المتقدمة ، فيجب على الوصى ـ خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها ـ أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر الى القاصر متى بلغ سن الرشد ، أو الى ورثته ان كان قد توفى ، أو الى الولى الذى أعيدت ولايته ، أو الى الوصى المعين بدلا منه ، أو الى الوصى المؤقت الذى يحل محله حلولا مؤقتا . ويجب عليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال (م ٥٠) «١» . ويقع هذا الالتزام على عاتق ورثته ، أو على عاتق القيم عليه فى حال الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية ، أو على الوكيل عنه فى حال ثبوت غيبته (م ٥١) .

واذا انتهت الوصاية ، فمن الصالح عدم اطالة النزاع بشأنها . لذلك يخرج المشرع على حكم القواعد العامة،فيقرر تقادما قصيرا لسقوط الدعاوى الخاصة بها مدته خمس سنوات ، تحتسب من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك (م ٥٣/١) . وتحتسب من تاريخ تقديم الحساب فى حالة عزل الوصى أو قبول استقالته (م ٥٣/٢) ، أو انتهاء وصايته ـ قياسا على ذلك ـ بالأسباب الأخرى كعودة الولاية للولى أو الوصاية للوصى الأصلى أو قيام عارض من عوارض الأهلية بالوصى أو ثبوت غيبته أو موته «٢» .

---

(١) ويقرر قانون الولاية على المال جزاء جنائيا على الاخلال عمدا بهذا الواجب ، اذ ينص فى المادة ٨٨ منه على أن يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة وبغرامة لاتزيد على مائة جنيـه أو باحدى هاتين العقـوبتين كل وصى انتهت وصايته ، اذا كان بقصد الاساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله فى الوصاية ، وذلك مالم ينص القانون على عقوبة أشد .

(٢) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

وتوقيا من استمرار نفوذ الوصى على القاصر الذى كان فى وصايته بعد بلوغه سن الرشد بما قد يمكنه من استغلاله ، يعتبر المشرع قابلا للابطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى من هذا القاصر خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب عن الوصاية (م ٥٢) •

§ ٢ ـ الولاية على مال المحجورين

٣٢٠ ـ ولاية القيم

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه الى مابعد هذا البلوغ فاكتملت له بذلك أهليته ، ثم طرأ عليه بعد ذلك عارض من جنون أو عته أو سفه أو غفلة أعدم تمييزه أو انتقص منه ، فان ذلك يستتبع ـ كما رأينا ـ تقرير انعدام أو نقص أهليته بالحجر عليه من قبل المحكمة وتعيين قيم يباشر شئونه ويتولى تصرفاته • وعلى ذلك تنص المادة ١١٣ من التقنين المدنى بقولها « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد وللاجراءات المقررة فى القانون » • وتطبيقا لذلك ، يقرر قانون الولاية على المال أن « ••• تقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لادارة أمواله ••• » (م ٦٥) •

والأصل أنه يسرى على قوامة المحجورين وعلى القوام ، مايسرى على وصاية القصر وعلى الأوصياء من أحكام (م ٧٨) ، رغم أن القوامة قد تكون مسندة الى الأب أو الجد ؛ ولذلك لابد من قرار المحكمة بتعيين القيم ـ حتى ولو كان أبا أو جدا ـ على خلاف الحال فى ولاية الأب أو الجد على مال القاصر حيث تثبت بقوة القانون دون حاجة الى حكم من المحكمة بالتعيين أو التثبيت ؛ ويخضع القيم كذلك ـ حتى ولو كان أبا أو جدا ـ لنفس مايخضع له الوصى من قواعد فيما يتعلق بواجباته وسلطاته ورقابته

وانتهاء ولايته ، على خلاف الحال فى الولاية على مال القاصر حيث يخضع الأب أو الجد لقواعد مغايرة تختصه دون الوصى أساسا ببسطة فى سلطاته.

واذا كان الأصل هو خضـوع القوامة والقـوام لأحكام الوصـاية والأوصياء ، الا أن المشرع يخرج على هذا الأصل فى صدد بعض الأحكام. ومن قبيل ذلك، ماينص عليه من أن « تكون القوامة للابن البالغ ، ثم للأب، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة (م ٦٨) ؛ فالابن هنا مقدم على الأب بينما لاتتصور بداهة فى شأن الولاية على القاصر ولاية للابن ، والجد يلى الأب مباشرة فلا يسبقه فى المرتبة ـ كما فى الولاية على مال القاصر ـ شخص مختار من الأب ، ويلى هؤلاء من تختاره المحكمة . وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه لايحول الحكم بافلاس الابن أو الأب أو الجـد أو الحكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة دون تعيينه قيما ، اذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك (م ٦٩ ، و م ٢٧/١و٤) ؛ فالمشرع بذلك يعتد ـ خلافا للأصل ـ بصفة القيم وقرابته الوثيقة للمحجور عليه اذا كان ابنا أو أبا أو جدا ، فيختصه بامكان التجاوز فى تعيينه عن قيام أحد هذين السببين به رغم أن قيامه يحول أصلا دون تعيين الوصى والقيم العادى بالتالى (م ٢٧/١و٤ وم ٧٨) .

§ ٣ ـ الولاية على مال ذوى موانع الأهلية

رأينا أن ثمة موانع قد تعوق الشخص كامل الأهلية من ممارسة نشاطه القانونى ومباشرة أهليته بنفسه أو بمفرده ، هى الغيبة والحكم بعقوبة جناية والعاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد.لذلك يقام وكيل عن الغائب، وقيم على المحكوم عليه ، ومساعد قضائى لذى العاهتين أو العجز ، ليباشر عنه تصرفاته أو يعاونه على مباشرتها .

٣٢١ ـ الوكيل عن الغائب

سبق أن أشرنا «١» الى أن للمحكمة أن تحكم بتعيين وكيل ـ أو تثبيته اذا كان مقاما من الأصل ـ عن الغائب كامل الأهلية الذى تمضى مدة سنة أو أكثر على غيابه غيابا فى معنى الفقد أو فى غير معناه ، اذا أصبح مستحيلا عليه تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتها بما يترتب عليه تعطيل مصالحه (م ٧٤) . وبذلك تفرض المحكمة الولاية على مال الغائب بالنظر الى مايعوق مباشرة أهليته ـ رغم كمالها ـ من مانع مادى .

والأصل أنه يسرى على الوكالة والوكيل عن الغائب مايسرى على الوصاية والوصى على مال القاصر من أحكام (م ٧٨) ، سواء من حيث الشروط اللازم توافرها فيه (م ٧٥) ، أو من حيث واجباته وسلطاته ومسئوليته (م ٨٦) ورقابته (م ٨٠ و ٨١) والجزاءات المختلفة التى توقع عليه اذا قصر فى واجباته أو أوقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة أو تعمد الامتناع عن تسليم أموال الغائب لمن حل محله فى الوكالة (م ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ و ٨٨) .

وتنتهى مهمة الوكيل بموت الغائب موتا حقيقيا أو تقديريا ، أو بعودته، أو توصله ـ رغم استمرار الغيبة ـ الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتها (م ٧٦) .

٣٢٢ ـ القيم على المحكوم عليه بعقوبة جناية

رأينا «٢» أن الحكم بعقوبة جناية يستتبع اقامة مانع قانونى لدى المحكوم عليه بها من مباشرة أهليته رغم كمالها عنده ، وهو مايوجب تعيين قيم عليه يتولى عنه جانبا من تصرفاته القانونية . والأصل أن تعيين هذا القيم

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣١٢ .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٣١٣ .

يتولاه المحكوم عليه نفسه ، ولكن على أن تقر المحكمة هذا التعيين . فاذا لم يعين المحكوم عليه قيما ، عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة . ويتولى القيم عن المحكوم عليه ـ مدة اعتقاله ـ أعمال الادارة وحدها دون أعمال التصرف ، ويكون تابعا للمحكمة التى أقرته أو نصبته ـ وهى المحكمة المدنية الواقع فى دائرتها محل اقامة المحكوم عليه ـ فى جميع مايتعلق بقوامته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

وتنقضى القوامة على المحكوم عليه بعقوبة جناية بانتهاء مدة العقوبة أو بالافراج عنه ، فترد أمواله اليه ويقدم له القيم حسابا عن ادارته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

٣٢٣ ـ المساعد القضائى لذى العاهتين او العجز

سبقت الاشارة «١» الى أنه يجوز للمحكمة تقرير تعيين مساعد قضائى لذى العاهتين أو العجز الجسمانى الشديد ، اذا كان متعذرا عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، وقلنا ان وظيفة المساعد القضائى هى معاونة ذى العاهتين أو العجز على مباشرة التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك وخاصة التصرفات التى لايجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة ، مما يجعل من المساعد معاونا أو شريكا لذى العاهتين أو العجز فى هذه المباشرة لا نائبا عنه فيها كما هو الشأن فى سائر أحوال الولاية على المال ، ويجعل من التصرفات التى ينفرد بمباشرتها ذو العاهتين أو العجز دون معاونة المساعد القضائى تصرفات قابلة للابطال اذا كانت واقعة بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، ومن التصرفات التى ينفرد المساعد القضائى بابرامها تصرفات غير نافذة فى حق ذى العاهتين أو العجز الذى لم يصاحبه فى ذلك .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣١٤ .

واذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائى مع ذى العاهتين أو العجز ، فللمحكمة أن تطرح هذا الاشتراك اذا امتنع عنه المساعد فى تصرف تجب عليه المساعدة فيه امتناعا فى غير محله وتأذن ذى العاهتين أو العجز بالانفراد بابرامه (م ٢/٧١) . وللمحكمة كذلك أن تأمر بانفراد المساعد القضائى باجراء تصرف معين اذا كان من شأن امتناع ذى العاهتين أو العجز عن المشاركة فى اجرائه تعريض أمواله للخطر (م ٣/٧١) ، وحينئذ يعتبر المساعد القضائى فى هذا التصرف بمثابة نائب عمن هو معين فى الأصل لمساعدته . ولعل هذه هى الحالة الوحيدة التى يمكن القول فيها بأن المساعد القضائى تكون له ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذى العاهتين أو العجز الشديد ، اذ فيها يكون له بمفرده مباشرة تصرف قانونى بما ينتج أثره فى ذمة ذى العاهتين أو العجز ، بينما الأصل فى وظيفته — كما ذكرنا — هو مجرد معاونة ذى العاهتين أو العجز على تمام الاحاطة بظروف الواقع واخراج ارادته اخراجا صحيحا مفهوما مما لايعطيه ولاية الاستقلال بمباشرة تصرفات قانونية تنتج أثرها فى حقه وماله .

واذا كان المساعد القضائى يعتبر نائبا خلافا للأصل من وظيفته فى هذا الفرض الاستثنائى ، فالقانون كذلك يعده فى حكم النائب اعتبارا فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من التقنين المدنى (م ٧٣) ، أى من حيث امتناع تعاقده بصفة عامة مع نفسه بالاشتراك مع ذى العاهتين أو العجز ، وشرائه — بصفة خاصة — مايناط به المشاركة فى بيعه بموجب المساعدة القضائية ، وعدم سريان التقادم بينه وبين ذى العاهتين أو العجز فيما يكون به أحدهما مدينا به للآخر ، وذلك مراعاة للصلة القائمة بين المساعد وبين ذى العاهتين أو العجز بما قد يمكن الأول من استغلال الثانى أو يقيم مانعا أدبيا تتعذر معه مطالبة أحدهما الآخر بما عليه له من دين .

§ ٤ – مجاوزة حدود الولاية على المال

٣٢٤ – عدم نفاذ تصرفات من له الولاية – فيما يجاوز حدودها – في حق المولي عليه

اذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص ولاية على مال عديمى الأهلية أو ناقصيها أو من تقوم بهم بعض موانعها على التفصيل السابق بيانه ، ويعين حدود هذه الولاية ، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له الولاية على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها فى مال وذمة المولى عليه لاتتأتى الا حيث تكون هذه التصرفات داخلة فى حدود الولاية كما يرسمها القانون ، ولذلك تنص المادة ١١٨ من التقنين المدنى على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . ومعنى ذلك من الناحية السلبية أن مايجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كما يرسمها القانون لاينتج أثره فى مال أو ذمة المولى عليه ، أى لايكون نافذا فى حقه .

وعدم نفاذ تصرفات الولى بالمعنى الواسع فى حق المولى عليه اذا كانت تجاوز حدود الولاية هو الجزاء المتفق مع نظام الولاية والهدف منه . ذلك أن الولاية انما تفرض لصالح عديم الأهلية أو ناقصها أو من تقوم به بعض موانعها حتى يمكن بها سد العجز أو المانع القائم عنده من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فلا يكون للتصرفات التى يباشرها من له الولاية على ماله نيابة عنه من أثر فى ذمته الا اذا كانت ملتزمة حدود صالحه كما يعنيها القانون ، سواء باشتراط شروط معينة أو استلزام استئذان المحكمة .

واذا كان الفرض أن مثل هذه التصرفات التى تجاوز حدود الولاية تخالف صالح المولى عليه ، فقد تكون موافقة له رغم ذلك فى بعض الحالات ، وهو مايقتضى حينئذ التمكين من بعد لانفاذها فى حق المولى عليه عن طريق اقرارها ممن يثبت له القانون الحق فى مثل هذا الاقرار .

والقول بامكان اقرار التصرفات التى تجاوز حدود الولاية ونفاذها بالاقرار فى حق المولى عليه اذا اقتضى صالحه ذلك ، يوجب رفض مايذهب اليه البعض من اعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا «١» ، ومايذهب اليه بعض آخر من اعتبارها مجرد قابلة للابطال «٢» ؛ فالبطلان المطلق

---

(١) فى هذا المعنى :

Appel mixte, B. 8, p. 226.

استئناف مصر ، ٢ فبراير ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية ، س ٢٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٨ ؛ حيث يقرر الحكم أنه « اذا باع الوصى عقار القاصر بدون اذن وتصديق المجلس الحسبى أو المجلس الملى المختص ، فالعقد باطل ، ولايصلح أساسا للتملك بالسبب الصحيح ولو مضت خمس سنوات على وضع يد المشترى على العين المبيعة » .

عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٢٩ . — انور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٦٧ ، ص ٩٤ و ٩٥ .

ويؤيد بعض الفقهاء (أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، فقرة ٧٤) القول بالبطلان المطلق على أساس أنه مادام نص المادة ١١٨ من التقنين المدنى يقضى بأن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » ، فيخلص من ذلك بطريق الاستنتاج العكسى أن ماخرج عن هذه الحدود من التصرفات يكون باطلا . ولكن هذا الاستنتاج العكسى لايبدو مقنعا . فالنص على صحة تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام فى الحدود التى رسمها القانون لايعنى بالصحة هنا الا صحة هذه التصرفات كتصرفات صادرة ممن له الولاية على مال الغير وفى حدودها أى نفاذها فى حق ومال المولى عليه ، فيكون الاستنتاج العكسى من هذا النص اذن مؤديا ، لا الى اعتبار التصرفات المجاوزه حدود الولاية باطلة ، ولكن الى اعتبارها غير نافذة فى حق المولى عليه .

(٢) فى هذا المعنى :

الأحكام المشار اليها فى نظرية العقد للسنهورى ، الموضع السابق .

ونقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٩ ، ص ١٣٢ ، الذى يقرر أنه « ليس من الدفوع المتعلقة بالنظام العام الدفع ببطلان اقرار الوصى بدين على المورث بدون اذن من « المجلس الحسبى » ، أو ببطلان أى تصرف من التصرفات الوارد ذكرها فى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية المفروض على الأوصيــاء ان يستأذنوا المجلس قبل مباشرتها . ذلك أن عدم الاستئذان لايجعل تلك التصرفات باطلة بطلانا جوهريا ، بل يجعلهـا باطلة بطلانا نسبيا تلحقها الاجازة فتصححها ... » .

جزاء يجاوز المقصود أساسا من رعاية صـالح المولى عليـه ويجعل من تصرفات الولى المجاوزة حدود الولاية تصرفات مستحيلة التصحيح رغم ماقد تحققه من صالح للمولى عليه . والقابلية للابطال أو البطلان النسبى ، وان كان يفضل البطلان المطلق كجزاء من حيث التمكين ـ اذا اقتضى صالح المولى عليه ـ لاستقرار صحة هذه التصرفات نهائيا بالاجازة ، الا أن من شأنه اعتبار هذه التصرفات منتجة آثارها منذ ابرامها فى ذمة المولى عليه الى أن يتم تأييدها نهائيا بالاجازة أو زوالها نهائيا بالحكم بالابطال ، وهو مالا يتفق مع وجوب اعتبـارها فى الأصل غير نافذة فى حق المـولى عليه لمجاوزتها مايرسمه القانون للولاية من حدود «١» .

فالأولى اذن أن يقال ـ وهو مايتفق مع نظـام الولاية وحدودها ـ ان أثر تصرفات الولى المجاوزة حدود الولاية من النفاذ فى حق المولى عليه يكون مـوقوفا على اقرار هذه التصرفـات من بعـد ممن يملك هذا الاقرار «٢» ، سـواء كان هو المحكمـة أو نفس المولى عليه بعد زوال

---

(١) ولذلك لايمكن تأييد اعطاء حكم البطلان النسبى لتصرفات من له الولاية فى حال مجاوزتها حدود الولاية وخاصة بتخطى المحكمة عند ضرورة استئذانها على أساس القيـاس على حكم التصرف الذى يقـوم به ناقص الأهلية نفسـه اذا كان متوقفا على استئذان من له الولاية عليه (شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٠٢) ، لأن القياس هنا مع الفارق ، اذ تصرف ناقص الأهلية يلزمه لصدوره منه وان كان قابلا للابطال لحمايته ؛ بينما تصرف الولى المجاوز حدود الولاية لايلزم المولى عليه أصلا (فى هذا المعنى : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٤٠١) .

(٢) فى هذا المعنى :
سليمان مرقس ، الموضع السابق . ـ سليمان مرقس ومحمد على امام ، عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، فقرة ١٣٨ ، ص ١٩١ـ١٩٣ . ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٠٧ ـ ٢٠٩ .
وقارب : عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ١١٧ ، ص ١٧٦ .

الولاية «١» ، ومعنى ذلك أن مثل هذه التصرفات ـ على خلاف التصرفات القابلة للابطال ـ لايكون لها أثر أو نفاذ فى ذمة المولى عليه فى الأصل ، ولكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر باقرارها من بعد ممن يملك ذلك ، أو يتأيد نهائيا انعدام أثرها بتخلف هذا الاقرار .

---

(١) والمحكمة تملك الاقرار حيث يثبت لها الاذن بالتصرف أصلا ؛ أما اذا كانت لاتملك الاذن ، كما فى شأن التبرع من مال المولى عليه لغير اداء واجب انسانى أو عائلى ، فلا تملك بالتالى اقرار صدوره من قبل من له الولاية . ولكن المولى عليه يملك هذا الاقرار الذى لاتملكه المحكمة بعد زوال الولاية عليه . وهو يملكه بعد زوال الولاية كذلك من باب أولى ، حيث تملكه المحكمة ـ لقدرتها فى الأصل على الاذن به ـ ولكن تمتنع عن اعطائه (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨) .

ولكن يراعى أن الاقرار فى ظل قانون المحاكم الحسبية الملغى لم يكن متأتيا ، لامن المحكمة ولا من المولى عليه بعد زوال الولاية فى شأن التبرع الصادر من صاحب الولاية ، حيث كان النص حينئذ (م ٩ و ١٨ و ٤٥) صريحا على اعتبار هذا التصرف ـ اذا صدر عن الوصى او القيم فى كل الأحوال ، أو صدر عن الأب أو الجد لغير اداء واجب انسانى أو عائلى ـ باطلا بطلانا مطلقا .

الفرع الثانى

الشخص المعنوى او الاعتبارى *

La personne morale

٣٢٥ ـ اهمية الشخصية المعنوية او الاعتبارية ، ولزومها

رأينا أن الشخصية فى نظر القانون ليست مرادفة للشخصية فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس بحيث يناط وجودها بتوافر الصفة الانسانية ، وأن مدلولها عنده لا يبلغ من الضيق مبلغ الانحصار فى الكائن الانسانى ذى العقل والارادة والادراك ، ولا من السعة مبلغ الامتداد

---

* **المراجع :**

Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse, Nancy, 1949; Personne morale, Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759-764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138-159.

Roguin, op. cit., t. II, Nos. 693-800. — Capitant, op. cit., Nos. 148-203, pp. 194-257. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 29-159, pp. 29-307. — Duguit, op. cit., t. I § 45 - § 47, pp. 481-524. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 83-87. — Josserand, op. cit., t. I, Nos. 656-673 et Nos. 187-191. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 175 - 254. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 385-399. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 889-908. — Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd., 1950, pp. 157-177. — Dabin, op. cit., pp. 123-164. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 587-620. — Planiol, Ripert et Sava-

=

حتى الى الحيوان أو الجماد ؛ وانما يناط هذا المدلول بالقيمة الاجتماعية التى يستأهلها كائن ما بالنظر الى مايتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية ، مما يبرر صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه باعتباره من الأشخاص «١» .

واذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هى مناط اعتراف القانون له بالشخصية ، وكان من البادى ثبوت هذه القيمة للانسان باعتبار الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة فى الانســان وحده وتخلفهـا بالضرورة عند غيره ؛ اذ ليس ثم مايحول ــ ومدلول الشخصية ماقدمنا ــ دون الاعتراف بها لغير الانسان من الكائنات ، مادامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامــات مما يحتم اسنادها ونسبتهــا اليه باعتباره صاحبها «٢» .

=

tier, op. cit., t. I, Nos. 66-95. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 407-442. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 1046 - 1074.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، فقرات ٢٣٥ ــ ٢٥٢ . ــ شفيق شحاته ، فقرات ١١٧ــ١٤٨ . ــ عبد المنعم فرج الصدة ، فقرات ١٠٩ــ١٢٩ . ــ عبد الحى حجازى ، ص ١٥٤ــ١٩٣ . ــ سليمان مرقس ، فقرات ٢٢١ ــ ٢٣٧ وفقرات ٢٤٣ ، ٢٥٥ ، ٢٦٦ ، ٢٧٧ . ــ شمس الدين الوكيل ، ص ٩٠ــ١٣٦ . ــ محمد سامى مدكور ، ص ١٣٥ــ١٦٩ . ــ جميل الشرقاوى ، ص ١٥٢ــ١٨٨ . ــ اسماعيل غانم ، الطبعة الثانية ، ص ٢١٨ ــ ٢٥٢ . ــ عبد المنعم البدراوى ، فقرات ١٢٤ ــ ١٦٤ . عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ٩٤ــ١٣٢ .

محمد عبد الله العربى ، الفقــه الادارى الحــديث وتصــويره للدولــة ونشاطها القانونى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٩٤ــ١١٨ وص ٨٤٧ــ٨٦٧ .

(١) انظر سابقا ، ص ٧٠٧ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٠٦ و ٧٠٧ .

والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التى تقوم بغرض تحقيق أهداف ومصالح انسانية • ذلك أن الانسان بمفرده أعجز ــ بالنظر الى جهده المحدود وعمره الموقوت ــ عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار • فصالح البشرية واستمرار جهودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعل من المحتوم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية ودائمة ، تواصل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، فى انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الانسان من موت • وهو مايتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيان الأفراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميدان النشاط القانونى وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لايتأتى الا باعطائها شخصية مستقلة خاصة بها •

٣٢٦ ـ التطور التاريخى لفكرة الشخصية المعنوية او الاعتبارية

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التىتفرضالاعترافبالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ماعرفت الدولة فى القديم ووجب الاعتراف لها بداءة بشخصية خاصة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكامها وتعاقب أجيالها • ثم تطور الأمر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الأفراد المستهدفة أو غير المستهدفة لتحصيل الربح ولبعض مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع فى مدى هذا الاعتراف ــ ضيقا واتساعا ــ تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القوية الى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينها ؛ فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية هو تاريخ كفاح

الدولة ضدها «[١]» .

وينبغى — للوقوف على تاريخ فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وتطورها — أن نعرض لذلك أولا فى الشرائع القديمة ثم فى الشرائع الحديثة.

(ا) الشرائع القديمة : نقتصر من هذه الشرائع — فى تتبع فكرة الشخصة المعنوية — على القانون الرومانى والشريعة الاسلامية .

١ — القانون الرومانى : «[٢]» : كان من الطبيعى أن تكون الدولة هى أول من يعترف لها بالشخصية ، وان كان من الواضح أن تبلور فكرة الشخصيـــة المعنـــوية للدولة لم يتم حينئذ الا تدريجيا وببطء ، نتيجة الاعتراف لها بمالية خاصة ، وأجهزة — من موظفين وقضاة — تمثلها فى القيام بالنشاط القانونى ، وبامتلاك الأموال ومنها الأرقاء ، وبالالتزام بالديون . ثم لم تلبث فكرة الشخصية أن مدت كذلك الى غير الدولة من جماعات القانون العام كالمدن والقرى .

أما فى نطاق القانون الخاص ، وفى شأن الأشخاص المعنوية المؤلفة من جماعات من الأفراد ، فقد تدرج القانون الرومانى من مبدأ الحرية الى مبدأ التقييد أو الترخيص . فبعد أن كان كافيا فى مبدأ الأمر وفى عهد الجمهورية تمتع هذه الجماعات بالشخصية بمجرد تكوينها تكوينا حرا لايخضع لترخيص أو اذن سابق طالما تضع لنفسها نظاما معينا يحكمها ،

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 602.

(٢) انظر فى ذلك :

Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 6e éd., 1918, Nos. 149-151. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 890. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 597.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع الســابق فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٠٢ و ٣٠٣ .

انتهى الأمر فى عهد الامبراطورية — بعد الدور الذى لعبته بعض هذه الجماعات فى اثارة الاضطرابات السياسيـة — الى حذر الدولـة منها ، واخضاع تكوينها لترخيص أو اذن سابق من مجلس الشيوخ ، سواء كان خاصا بكل واحدة منها على حدة أو عاما فى شأن جملة منها معا ، ولكن كان من شأن مثل هذا الترخيص أو الاذن منح هـذه الجماعات الشخصية بصفة آلية مباشرة .

أما مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق غرض معين — وهى المعروفة اليوم باسم « المؤسسات » — فلم يكن معترفا لها بكيان خاص وشخصية مستقلة فى نظر القـانون الرومـانى حتى عهد الامبراطورية السفلى ، وان كان يتحقق الغرض منها — رغم ذلك — عن طريق هبتها أو الايصاء بها الى شخص من الأشخاص مع تحميله عبء تخصيصها للغرض المقصود وهو غالبا غرض من أغراض البر والاحسان. ولم تمنح مثل هذه المجموعات أو المؤسسات الشخصية القانونية الا فى العصر المسيحى منذ عهد « قسطنطين » ، حين اعترف بوجوب الحقوق لها وعليهـا وباعتبـارها صاحبة ذمة خاصة متعلقة بالغرض المرصودة على تحقيقه ، مما ساعد على انتشارها وتشجيع الأفراد على رصد الأموال على الأديرة والكنـائس والملاجىء والمستشفيات رعاية للدين ومساهمة فى البر والخير .

٢ — الشريعة الاسلامية : سبق أن أشرنا الى أن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا يعرفون الشخصية تحت اسم « الذمة » ، ويجعلونها مناطا لأهلية الوجوب أو يجعلون الأهلية أثرا لها «[١]» . ولعل فهمهم للذمـة بمعناها اللغوى على أنها العهد ، هو الذى تأدى بهم الى اعتبار اصطلاح « الذمة »

---

(١) انظر سابقا ، هامش (٤) ص ٧٠٧ و ٧٠٨ .

مرادفا لاصطلاح « الانسانية » ، والى اعتبار الذمة أو الشخصية وأهلية الوجوب بالتالى من خصوصيات الانسان وحده دون غيره ، تفريعا على انفراد الانسان بحمل الأمانة بمقتضى مابين الله وبينه من عهد «(١)» .

ولذلك نستطيع أن نقول ان فقه الشريعة الاسلامية لم يعرف فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية كنظرية عامة مؤصلة ، حيث انحصرت نظرته الى الشخصية أو الذمة كما يسميها فى حدود الشخصية أو الذمة الطبيعية وحدها .

ولكن تخلف قيام نظرية مؤصلة للشخصية المعنوية أو الاعتبارية فى الفقه الاسلامى ، لاينفى وجود أحكام فرعية فيه لايمكن حملها الا محمل الاعتراف لبعض الجهات — سواء أكانت جماعة من الناس أو مجموعة من الأموال — بصلاحية الوجوب لها وعليها واعتبارها صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما يعنى أن الفقه الاسلامى — وان لم يصرح أو يقصد — قد أثبت لهذه الجهات مقومات الشخصية . فمن ذلك ، مايجب لبيت المال

---

(٣) انظر فى هذا المعنى خاصة ماينقله الأستاذ محمد سلام مدكور عن فخر الاسلام البزدوى من ان « الذمة نفس لها عهد ، وان الآدمى لايخلق الا وله هذا العهد والذمة ، اى لايخلق الا وهو اهل للايجاب والاستيجاب ، بناء على العهد الذى جرى بين الرب والعبد كما تشير اليه الآيات الكريمات : « واذ اخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم واشهدهم على انفسهم » ، « وكل انسان الزمناه طائره فى عنقه » ، « انا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها واشفقن منها وحملها الانسان » ؛ فقد ثبت للناس جميعا بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلا للوجوب » (محمد سلام مدكور ، المال والالتزام فى الفقه الاسلامى ، اسكندرية ، ١٩٥٤ — ١٩٥٥ ، ص ١٩٨ و ١٩٩) .

وانظر كذلك :

احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، المقالة السابقة ، ص ٣٥٢ و ٣٥٣ . ـ محمد [illegible] ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، الجزء الثالث ، قانون الوقف ، ١٩٤٩ ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨٢٠ و ٨٢١ . ـ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، فقرة ٣١٦ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ .

من جزية وخراج ولقطة وتركة من لاوارث له ، ومايجب عليه من نفقة من لاعائل له من الفقراء ؛ وما يجوز من الوصية للمسجد أو المستشفى بحيث تكون له ملك العين وغلتها «(١)»؛ بل وما يعتبر ملكا لجهة الوقف مما يشتريه القيم من غلته ، وما يقع عليها من أداء الاستدانة الصحيحة ، وما يصح من اختصامها أمام القضاء والقضاء لها أو عليها «(٢)» .

ولذلك يذهب بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية الى تأكيد وجود فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فى الفقه الاسلامى ، قولا بأن « هذه الأحكام وأشباهها وهى كثيرة جدا لاتقوم الا على أساس الذمة الاعتبارية والأهلية المفترضة . واذا نفى الفقهاء الذمة وأهلية الوجوب عن غير الانسان المعين ، فانهم لاينفون الا الذمـة والأهليـة الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العهد والعقد ، ولايعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين . ومادام (فقهاء الشريعة الاسلامية) يقولون بذلك ويعتبرون الجهات فى الوجوب لها وعليها ، فانهم قائلون حتما بالشخص الاعتبارى الذى تعترف به القوانين الوضعية ، ويقولون به بأوسع المعانى . ويستوى فيه من سيكون انسانا بعينه ، ومن كان انسانا بعينه ، والجهة من الجهات سواء أكانت جماعة من الناس أم لم تكن من الآدميين أصلا . واذا كان الفقه الاسلامى لايتفق مع القوانين الوضعية فى بعض أفراد الشخص الاعتبارى ، فليس معنى هذا أنه لايقول به » «(٣)» .

---

(١) انظر فى ذلك :

محمد فرج السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٥٥، ص ٨٢٢ و٨٢٣ . — محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ و ٢٠٠ . — محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ؛ مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣١٧ ، ص ٢٢١ .

(٢) محمد فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

(٣) محمد فرج السهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ . وانظر كذلك فى تأكيد الشخصية المعنوية فى الفقة الاسلامى ، وخاصة للوقف :
Milliot, Introduction à l'étude du droit musulman 1953, No. 630, p. 539,

(٢) الشرائع الحديثة : اذا كان هذا هو حظ فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية من الوجود والتأصيل فى بعض الشرائع القديمة ، فان حظها من ذلك أكبر فى ظل الشرائع الحديثة حيث باتت ـ وخاصة فى التقنين الألمانى والسويسرى والايطالى والمصرى ـ مؤصلة مفصلة كنظرية مسلمة ، وان تكن هذه الشرائع لاتتفق اتفاقا تاما على أحكام الشخصية المعنوية ولا على أفراد وأنواع الشخص المعنوى «[١]» . ونكتفى فى بيان تطور فكرة الشخصية المعنوية فى الشرائع الحديثة بتتبع هذا التطور فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى .

١ ـ القانون الفرنسى «[٢]» : اذا كان السائد فى القانون الفرنسى القديم هو الربط بين تكوين الشخص المعنوى وبين منحه الشخصية المعنوية بحيث يعتبر الترخيص اللازم لتكوينه كافيا لمنحه الشخصية ، فقد جاءت الثورة الفرنسيــة بالفصل بين الأمرين نتيجة ماأعلنته من حرية الاجتماع ، فأصبح تكوين الجماعات حرا طليقا من التقيد بترخيص به دون أن يثبت لها هذا التكوين بذاته الشخصيــة ، بل يعلق ثبوت الشخصيــة لها على اعتراف المشرع وترخيصه .

---

(١) اذا كانت القوانين الانجلوسكسونية بوجه عام والقانون الانجليزى بوجه خاص تسلم بفكرة الشخصية المعنوية او الاعتبارية، فهى ـ على خلاف القوانين الغربية الأخرى ـ لاتتوسع فى منحها ، ولذلك تستغنى فى بعض الأحوال عن فكرة الشخصية المعنوية بفكرة « الأمانة (trust) ، وعن الشخص المعنوى بالأمين (trustee) .

انظر فى ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 304, 426, 427, 480, 618. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 736, 737, pp. 407 - 409. — Curti, Manuel de droit civil et commercial anglais, t. I, Droit civil, 1928, p. 29.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٢٢ .

(٢) راجع فى ذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 154 - 156, pp. 204 - 221. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 891-894. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 598-601. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1050.

ولكن اطلاق حرية الاجتماع — رغم تقييد منح الشخصية المعنوية — كان لايخلو من الأخطار ، اذ تشكل الجماعات وخاصة السياسية منها — حتى وهي مجردة من الشخصية — خطرا يتهدد السلطات العامة . ولذلك عمد « ناپليون » — وهو الحريص على تقوية السلطة التنفيذية وحمايتها من مثل هذا الخطر — الى القضاء قضاء يكاد يكون تاما على ما كان مقررا من اطلاق حرية الاجتماع ، بحيث غدا من اللازم — فى شأن الجماعات — الحصول على ترخيص بتكوينها ثم الحصول على ترخيص آخر بمنحها الشخصية المعنوية . ولكن هذا التخوف من خطر الجماعات على الدولة اذا كان له مايبرره فى شأن الجمعيات ، فهو غير قائم فى شأن الشركات نظرا لانحصار غرضها فى تحقيق الربح ؛ ولذلك ظلت الشركات التجارية بوجه عام — ماعدا الشركات المساهمة — متمتعة بنظام من الحرية فى تكوينها وفى شخصيتها على السواء ، بحيث تتكون وتثبت لها الشخصية دون توقف على ترخيص خاص .

وظل نظام الترخيص المزدوج هو السائد طوال معظم القرن التاسع عشر فى شأن الجمعيات ، الى أن ابتدأ تيار الحرية يشتد منذ أواخر هذا القرن حين ألغى الترخيص بالنسبة للشركات المساهمة بقانون سنة ١٨٦٧ وأبيح تكوين النقابات مع منحها الشخصية المعنوية بقانون سنة ١٨٨٤ ، ثم تأكد هذا التيار نهائيا وساد بقانون سنة ١٩٠١ الذى أطلق حرية الاجتماع ومنح الجمعيات الشخصية المعنوية بقوة القانون دون ترخيص خاص سابق . وبذلك لم تعد الشخصية المعنوية للجمعيات منحة فردية من السلطة العامة ، بل حقا عاما لكل جمعية مشروعة تعلن تكوينها ونظامها ومديريها ، فحل مبدأ « التنظيم القانونى » أو « الترخيص العام » محل مبدأ « الترخيص الخاص » «[١]» . ولكن هذا القانون لم يكن ينصرف الى المؤسسات ،

---

(١) Capitant, op. cit., No. 155, p. 209. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 893, p. 712.

فظلت خاضعة للنظام السائد فى القرن التاسع عشر المعلق ثبوت الشخصية المعنوية لها على ترخيص خاص بالاعتراف بالمنفعة العامة .

٢ ـ القانون المصرى : لم يعن المشرع المصرى الى قريب بوضع قواعد عامة تؤصل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية . ولكن التشريع المصرى لم يكن يخلو على أى حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية، كبعض نصوص التقنين التجارى و نصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقة بأنواع معينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصرى لم يحصر فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الأشخاص وبعض مجموعات الأموال ، فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات مادامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وأن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات «١» ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ماعدا شركات المحاصة «٢»

---

(١) أنظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحاماة ٥ ، رقم ١٤٩، ص ١٦٣ . ـ مصر الأهلية(استئنافى) ٢٥مايو ١٩٢٥، المحاماة ٦١٨/٥/ ٧٥٠ . ـ وكذلك مصر الكلية (مستعجل) ٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحاماة ٢٠/ ٥١٤/٢/ ١٢٣٢، حيث يقرر الحكم أنه « اذا كان قد صدر قانون خاص بتنظيم بعض النقابات أو الهيئات . . . ، فان هذا لايعنى بطريق القياس العكسى حظر الهيئات الأخرى أو انكار الشخصية المعنوية لها ، اذ الأباحة هى الأصل والحظر هو الاستثناء، ولأن المادة ٢١ من الدستور المصرى (لسنة ١٩٢٣) نصت على أن للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وان عقبت على ذلك بأن كيفية استعمال هذا الحق سيبينها القانون وهو لم يصدر. .ويكاد يجمع الرأى القانونى ـ فقها و قضاء ـ على اسناد الشخصية القانونية للجمعيات متى توافر فيها قوام الشخصية المعنوية الذى يتهيأ بأمرين : ١ ـ أن تكون للجمعية كينونة مستقلة فى مالها عن أموال الأفراد الذين تتألف منهم وفى ذاتيتها عنهم ، فتبقى وان تغير هؤلاء . ٢ ـ أن يكون لها نظام يبين ارادة مجموع الأفراد ، أو بعبارة أخرى أن يكون لها نظام يمكن الهيئة من استعمال حقوقها بواسطة نواب عنها . ومتى تهيأ هذا القوام بتوافر الأمرين المذكورين اكتسبت الجمعية الشخصية المعنوية، اذ لاتستطيع أن تخدم الغرض الذى انشئت من أجلة الا باسناد هذه الشخصية اليها ، بشرط أن يكون هذا الغرض مشروعا ولايخالف النظام العام أو الآداب . . . » .

(٢) أنظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ٥ ، رقم ٣١ ، ص ٧٢ .

وللأوقاف «[1]» ؛ ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات اكتفاء بما كان يغنى عنها من الأوقاف •

وقد حرص المشرع المصرى أخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله خاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، فعنى فى التقنين المدنى الجديد بوضع قواعد عامة تحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية وتبين أنواعها المختلفة • غير أنه لم يلبث بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ أن أعاد من جديد تنظيم الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ناسخا بذلك مواد التقنين المدنى وغيره من القوانين الأخرى المتعلقة بهذا التنظيم •

٣٢٧ – منهج البحث

قد يكون من المنطق — فى دراسة الشخص المعنوى أو الاعتبارى — الوقوف أولا على الأصول العامة التى تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية، قبل بيان أنواع الشخص المعنوى أو الاعتبارى المختلفة عاما كان هذا الشخص أو خاصا •

ومن ثم ، تقسم هذا الفرع الى مبحثين :

المبحث الأول — فى النظرية العامة للشخصية الاعتبارية •

المبحث الثانى — فى أنواع الشخص الاعتبارى •

---

(١) انظر نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ ، حيث يقرر الحكم أن « الوقف شخصية مستقلة عن الناظر وعن المستحقين ، وثمرة أعيانه مملوكة له يستوفى هو منها مايلزم للمحافظة على كيانه ... فليس لدائن المستحق فى الوقف أن يعمد الى المحصولات الزراعية الناتجة من أرض الوقف فيحجز عليها فى مخازن الوقف حجزا تنفيذيا ، على اعتبار أنها مملوكة ملكا خاصا لمدينه ، فان حجز عليها كذلك فحجزه باطل ».

المبحث الأول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٢٨ ـ تمهيد وتقسيم

اذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمرا واقعا ومسلما فى القوانين الوضعية الحديثة ، الا أن الخلاف مايزال قائما فى الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها ، وان كان الراجح ـ كما سنرى ـ أن الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فانها فى طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحتوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينهما فى التكوين ، مما يظهر أثره خاصة فى كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهلية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طرق انقضائها وانحلالها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالى :

المطلب الأول ـ فى طبيعة الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثانى ـ فى ابتداء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثالث ـ فى مدى الشخصية الاعتبارية .

المطلب الرابع ـ فى مميزات الشخصية الاعتبارية .

المطلب الخامس ـ فى نشاط الشخصية الاعتبارية .

المطلب السادس ـ فى انقضاء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

طبيعة الشخصية الاعتبارية

٣٢٩ ـ الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته العملية

احتدم الجدل فى الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، هل هى مجرد افتراض وحيلة صناعية أم حقيقة من الحقائق الواقعية . وليس مثل هذا الخلاف ـ كما قد يبدو فى الظاهر ـ خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحيـة العمليـة . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفـاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وامكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتهـا الجنائيـة والمدنيـة ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسبـاب ونتائج انقضائها «[1]» .

وقد تنازعت نظريتان رئيسيتان أمر تكييف الشخصيـة الاعتبارية وتحديد طبيعتها : نظرية تقول بافتراضية الشخصية الاعتبارية ، وان كان أنصارها يختلفون بعد ذلك حول استبقاء هذه الشخصية الافتراضيـة أو استبدال غيرها بها ؛ ونظرية ثانية تقول بحقيقة الشخصية الاعتبارية ، وان كان أنصارها كذلك لايتفقون على مفهوم أو تبرير واحد لهذه الحقيقة . فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive) ثم لنظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) ، لنرى من بعد ـ على ضوء تقدير النظريتين ـ جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية ومقوماتها .

---

(١) انظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 242.

٣٣٠ ـ نظرية الشخصية الافتراضية (١)

لم يكن بمستحدث أمر النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها افتراضا وخلقا صناعيا من قبل المشرع ، فهذا النظر قديم منذ أيام الزومان «٢» ، ولكنه لم يتبلور فى شكل نظرية محددة مستقرة الا منذ أوائل القرن التاسع عشر. وقد ظلت لهذه النظرية السيادة فى الفقه الألمانى «٣» طوال النصف الأول من هذا القرن ، وفى الفقه الفرنسى طوال معظم هذا القرن «٤» . وسنرى من مناقشة فقه هذه النظرية وأسسها أنها غير مقبوله ، وأنه ليس أقل منها فى عدم التوفيق والقبول ماتولد عنها من محاولات الاستغناء عن الشخصية الاعتبارية .

(١) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على أن الانسان وحده هو الذى تثبت له الشخصية فى نظر القانون . واذا كان القانون ، فضلا عن ذلك ، يعترف ـ فى أحوال معينة ـ لغير الانسان بالشخصية فيخلعها على

---

(١) راجع ، بصفة خاصة ، فى عرض هذه النظرية ونقدها :

Saleilles, op. cit., pp. 306-386. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 711-714, pp. 376-379. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 6-15 bis, pp. 16-38. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 243. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 390. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 593. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1048.

عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ١٠٠ ـ ١١٠

(٢) Saleilles, op. cit., p. 310.

(٣) تنسب هذه النظرية عادة الى « سافينى » . ولكن يبدو أن ثم مبالغة فى ذلك ، اذ نظريته عن افتراضية الشخصية الاعتبارية كانت نسبية لامطلقة ؛ فقد كان الأشخاص الاعتبارية للقانون الخاص وحدها هى الافتراضية ، بينما كان يعد الأشخاص الاعتبارية للقانون العام اشخاصا حقيقية . ولم يتح لنظريته أن تبسط وتعمم على كل الأشخاص الاعتبارية دون تفرقة الا من بعده وعن طريق الفقه الفرنسى

(انظر فى ذلك : Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 61 bis 65; 69-75)

(٤) انظر فى تبرير استطالة أمد سيادة هذه النظرية فى الفقة الفرنسى دون الفقة الالمانى :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 895.

جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال حتى يثبت لها صلاحية فى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فانما يتوصل الى ذلك ــ تحقيقا لهذا الغرض ــ عن طريق حيلة صناعية بحت وافتراض قانونى محض ، بتشبيه هذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالانسان، رغم مافى ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع . وبذلك لايكون لمثل هذه الأشخاص الاعتبارية وجود حقيقى كالانسان ، وانما يكون لها مجرد وجود صناعى من خلق القانون .

فنقطة الابتداء اذن عند هذه النظرية ، هى أن الانسان هو الشخص الوحيد الحقيقى فى نظر القانون . وتلك مقدمة تقوم على أساس من اعتبار الشخصية القانونيــة مرادفة للشخصيــة الفلسفية أو النفسية من ناحية ، ومن فقه المذهب الفردى من ناحية ثانية ، ومن تعريف الحق تعريفا شخصيا من ناحية ثالثة .

فاعطاء الشخصيــة فى نظر القانون نفس مدلولها فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ، يعنى أنها لاتصدق أصلا الا على الانسان وحده ، وأن القانون فى اثباتها له لايقوم بدور المنشىء أو الخالق وانما يقنع بدور المقرر للواقع ؛ فيكون اعترافه بها ــ فيما وراء ذلك ــ لبعض جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال عملا افتراضيا مخالفا للطبيعة والواقع وخلقا تحكميا من صنعه وانشائه .

والمذهب الفردى يقوم على النظر الى الفرد أو الانسان باعتباره محور القانون بحيث لايوجد القانون الا من أجله وبقصد كفالة تمتعه بحقوقه . ولذلك فان القانون لايخلق شخصية الانسان ولا حقوقه وانما يقتصر على مجرد الاعتراف بها ليتولى من بعد كفالتها وحمايتها ، فلا موضع اذن لوجود شخص معنوى أو اعتبارى الى جنب الانسان الذى تفرض الطبيعة شخصيته، وان وجد فلا يعدو أن يكون كائنا وهميا من خلق القانون وصنعه .

والاتجاه الشخصى فى تعريف الحق يقوم فى جوهره على رد الحق الى قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لايتصور ثبوت الحق الا للانسان وحده

باعتباره — بحسب طبيعته — الكائن الوحيد ذا الارادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الانسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبغ على الشخص المعنوى أو الاعتبارى ارادة لايثبتها له الواقع .

والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق صناعى وافتراض بحت لايستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند أنصار هذه النظرية نتائج عملية معينة ، منها اطلاق يد المشرع وسلطانه فى أمر الشخصية الاعتبارية ، بحيث يكون هو المتحكم فى منحها أو منعها ، وهو صاحب القول الفصل فى بقائها ان شاء مد فى حياتها وان شاء أنهاها . ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتبارى وحصر أهليته فى نطاق لاتعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو مايعنى تخصيصه بهذا الغرض وحده . ومنها كذلك امتناع تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى الجنائية والمدنية على السواء ، لأن القصد الجنائى والخطأ الشخصى — وهما يتطلبان الوعى والارادة والادراك — لايتصور نسبتهما الى شخص وهمى افتراضى لاوجود حقيقى له «[1]» .

(٢) تقدير النظرية : واضح أن نظرية الافتراض فى تأصيل الشخصية الاعتبارية انما تقوم على مقدمة غير مسلمة . فالقول بأن الانسان وحده هو الذى تثبت له الشخصية فى القانون ، باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهية المحتومة ، قول يعوزه الدليل ويصح لذلك نعته بما ينعت به الشخصية الاعتبارية من افتراض . وهو انما يقوم على خلط ظاهر ، ينبغى توقيه ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . بينما الثابت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى ، اذ يتسع للانسان ولغير الانسان ، لأنه يفيد مجرد الصلاحية لوجوب الحقوق والالتزامات ،

---

(١) راجع، بصفة خاصة، فى تفصيل النتائج المتفرعة على نظرية الافتراض
Saleilles, op. cit., pp. 312 - 360.
عبد الله العربي ، المقالة السابقة ، ص ١٠١ — ١٠٥ .

ومناط هذه الصلاحية هو القيمة الاجتماعيـة ، وهى غير محصـورة فى الانسان أو مقصـورة عليه وحده ، بل تجـاوزه لتثبت كذلك لغيره من الكائنات المتميزة المنظمة التى تستهدف تحقيق مصالح انسانية سواء فى شكل جماعات من الأفراد أو مجموعات من الأموال «(١)» .

وكذلك فان هذه النظرية انما تستند الى تعريف خاص للحق ليس هو التعريف السائد ولا المقبول . فهى ترى فى الحق قدرة ارادية ، وترى الانسان ــ بحسب طبيعته ــ هو الكائن الوحيد ذا الارادة ، فتنتهى الى أن الشخصية أو صلاحية اكتساب الحق تنحصر فى الانسان . وقد سبق أن أظهرنا قصور مثل هذا التعريف للحق بالتدليل على ثبوته وتوافر الصلاحية لاكتسابه للمجنون وللصغير غير المميز والارادة لديهما معدومة «(٢)» . واذا لم يصح اعتبار الارادة مناط الحق ولامناط الشخصية بالتالى ، فليس مايمنع اذن من اسناد الحق والشخصية الى غير الانسان من كائنات جماعية منظمة منعدمة الارادة كما يسندان الى عديمى الارادة من الناس «(٣)» .

وفضلا عن ذلك ، فان هذه النظرية التى كتبت لها السيادة فى الفقـه منذ مطلع القرن الماضى نتيجة ارتكازها على النزعة الفردية المنتصرة حينذاك غداة الثورة الفرنسية بما تحمله من عداء سافر للجمعيات التى تتوسط بين الفرد والدولة ، قد عرضت نفسها بهذا الارتكاز لماوجه الى هذه النزعة من انتقادات . ولذلك لم تلبث هذه النظرية أن افتقدت سندا كبيرا تضاءل بتأييد الفقه لها منذما هوجمت النزعة الفردية وأخذت فى الانحسار أمام النزعة الاجتماعية فى النصف الثانى من القرن الماضى ، اذ تزعزع منذئذ النظر الى الفرد الانسانى باعتباره محور القانون وغايته وتلاشت المخاوف بالتالى على كيان الفرد من وجود الجمعيات .

---

(١) راجع سابقا ، ص ٦٩٧ و ٦٩٨ و ٧٠٦ و ٧٠٧ .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٣٦ .

(٣) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 243.

ويبقى بعد ذلك أن نأخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التى يحتمها منطقها . فهى حين تنظر الى الشخص الاعتبارى بوصفه شخصا وهميا افتراضيا ، لاتحل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لانسان بعينه ، كما هى الحال فى صورة جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ؛ أو هى تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الذى لاوجود حقيقى له ، وهو ما يعنى فى الواقع أن هذه الأشياء سائبه غير مملوكة لأحد «١» .

ومن ناحية أخرى ، فان منطق هذه النظرية فى اطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا ، وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . واذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون ـ لتفادى هذه النتيجة ـ بالقول ان الدولة شخص اعتبارى حقيقى لأن وجودها ضرورى محتوم «٢» ، ففى ذلك القضاء على النظرية «٣» واستقامة منطقها ، اذ كيف تكون الشخصية الاعتبارية افتراضا، كما يدعون ، وتعفى شخصية الدولة من هذا الوصف ؟ . وكيف يتأتى اعتبار شخصية الدولة حقيقيه ومقدمة النظرية تسلم أن الانسان وحده هو الشخص الحقيقى ؟ . واذا كان معنى ذلك هو هدم هذه المقدمة وامكان تصور شخصية اعتبارية حقيقية ، فلم تقصر اذن على الدولة بينما تظل الأشخاص الاعتبارية الخاصة وحدها هى الافتراضية ؟ ! ...

واذا كانت ثم دلالة تستخلص من اضطرار أنصار هذه النظرية الى الاعتراف بأن شخصية الدولة الاعتبارية شخصية حقيقية ، فهى أن فكرة الشخصية الاعتبارية فى ذاتها انما تعتبر مفروضة على القانون كضرورة

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 8, p. 19.

(٢) أنظر فى الاشارة الى هذا القول والى أصحابه :
Bonnecase, op. cit., t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

(٣) Michoud, op. cit., t. I, No. 12, p. 28.

اجتماعية تقتضيها حاجات المجتمع الضخمة المستمرة وقصور الفرد الانسانى بمفرده عن تحقيقها نظرا لجهده المحدود وعمره الموقوت • واذا كان هؤلاء الفقهاء قد وقفوا فى تبين هذه الضرورة الواقعية المفروضة عند شخص الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وحدها ، فلأنهم قنعوا بأول وأقدم صورة عرفتها الجماعات للشخصية الاعتبارية • ولو أنهم تابعوا استقراء التاريخ فى تطوره وتسلسله ، لوقفوا على أن الأشخاص الاعتبارية الخاصة من جمعيات وشركات ومؤسسات لاتقل عن شخصية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأولى كضرورة اجتماعية وحقيقة واقعية ، وآية ذلك أنها دائما كانت تعود الى الحياة من جديد كلما ظنت الشرائع والقوانين المتعاقبة أنها استأصلتها وقبرتها ، مما جعلها اليوم ثابتة بقوة الحقائق الواقعية والحاح الضرورات الاجتماعية وحمل القانون على التسليم والاعتراف بوجودها ككائن حقيقى لا كخلق صناعى »[1] •

واذا كانت النظرية تفتقد ، على هذا النحو ، الأسس المسلمة والمنطق المستقيم وتفضى الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهى حقيقة اذن بما يختطه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض •

(٣) محاولات انكار الشخصية الاعتبارية والاستغناء عنها تأثرا بصفتها الافتراضية المزعومة ، وعدم توفيق هذه المحاولات :

اذا كانت هذه النظرية قد راجت عند كثير من فقهاء القرن الماضى ، فانهم كانوا يؤمنون فى مجموعهم بضرورة الابقاء على فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية — رغم أنها ليست عندهم الا فكرة صناعية افتراضية — نظرا لما تحققه من فوائد عملية جمة •

ولكن هذا الموقف لم يجد صدى عند فقهاء آخرين حريصين على استقامة منطق القانون وتخليصه من الأفكار الافتراضية المصطنعة •

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 14. — Capitant, op. cit., No. 158, p. 214.

اذ مادامت الشخصية الحقيقيـــة الوحيدة هى شخصية الانسان ، فهم يرون أن دفع المنطق الى منتهاه يحتم انكار فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية واستبعــادها من نطاق القانون ، غير أن هذا الاستبعــاد لايكون مجديا الا باحلال أسس وأفكار أخرى واقعية محل هذه الفكرة الافتراضية . ولكنهم يختلفــون بعد ذلك فى تحديد هذه الأسس والأفكار البديلة . فيستغنى البعض بفكرة الغرض عن فكرة الشخصية فيما يعرف بنظرية الحق دون صــاحب أو نظرية ذمة التخصيص ، ويستغنى عنها بعض آخر بصورة خاصة من الملكية فيما يعرف بنظرية الملكية الجماعية أو المشتركة «١» .

١ ـ نظرية الحق دون صاحب او ذمة التخصيص«٢» : سبق أن عرضنا لهذه النظرية

---

(١) نذكر هنا كذلك بانكار « ديجى » الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تفريعا على منطقه فى اناطة الشخصية بالارادة بوصفها صلاحية لخطاب القانون لا لوجوب حق مزعوم (أنظر سابقا ، هامش (٣) ص ٦٩١) . وهو يرى أن الفقه السائد مخطىء اذ يعتقد بلزوم الشخصية الاعتبارية كوسيلة ضرورية لكفالة استمرار الغرض من تجمع الأفراد أو من رصد الأموال ، ولقدرة الارادة على توليد أثر قانوني موافق لهذا الغرض . ذلك أن الأثر القانوني انما ينحصر عنده فى أعطاء وسيلة أو دعوى قانونية ، وليست الارادة الفردية المدفوعة بالغرض الجماعى بحاجة لافتراض تمثيلها بشخصية يتجسد فيها مثل هذا الغرض ، مادام أن التعبير عنها ليس هو الذى يولد الأثر القانونى وانما هو مجرد شرط النشوء مركز موافق للقانون ومكفول الحماية بالتالى :

(Duguit, op. cit., t. I, § 48, p. 532)

وعلى هذا النحو ، يغنى عن اصطناع شخصية افتراضية للدولة أو الجمعيات أو المؤســـات ، القول بأن ارادة الحكــام أو المتجمعين أو المنشئين مادامت تستهدف غرضا مشروعا ومحلا موافقا للقانون فيتحقق ـ بالتعبير عنها ـ شرط نشوء مركز يحميه القانون بوسائل ودعاوى قانونية .

. (Duguit, op. cit., t. I, § 46, § 47, § 63, notamment, pp. 509-510; 516; 672-674)

وانظر خاصة فى انتقاد هذا التصوير :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 21-23. — Gény, Science et technique, op. cit., t. IV, pp. 192-198.

(٢) انظر فى ذلك بوجه خاص المراجع المشار اليها سابقا ، ص ٦٧١ هامش (٢) ، وص ٦٩٢ هامش (٤) .

وانظر كذلك : =

التى تنسب أساسا الى الفقيه الألمانى «برنز» «١»، وقلنا انها قامت على أساس اعتبار الانسان وحده هو الشخص الحقيقى فى نظر القانون ، وأن الشخص المعنوى أو الاعتبارى مجرد افتراض وتحايل قانونى من الواجب الاستغناء عنه . ويغنى عنه ، عند هذه النظرية ، الوقوف عند الغرض من تجمع جماعة من الأفراد أو رصد مجموعة من الأموال . فما دام هذا الغرض جديرا بالتحقيق والحماية ، وكانت وسيلة ذلك الاعتراف بحقوق والتزامات تتعلق به ، فيكفى وجود هذا الغرض — دون حاجة تلجىء الى اصطناع شخص وهمى اعتبارى لاوجود حقيقى له — لكى تنسب اليه هذه الحقوق والالتزامات ، وتسند اليه بالتالى ذمة مالية تضم مجموع ما يتخصص به من هذه الحقوق والالتزامات . فالغاية العملية من اصطناع فكرة الشخصية المعنوية ، وهى وجود مركز تسند اليه الحقوق والالتزامات والذمة المالية التى ليس لها صاحب معين من أشخاص الناس ، يمكن تحقيقها عن طريق أقصر وأكثر واقعية بالاكتفاء بأن يكون هذا المركز غرضا لا شخصا، مادام استلزام الشخصية فى شأنه لايتحقق الا على حساب مخالفة الواقع والاندفاع فى طريق الاصطناع والافتراض ، ومادامت قيمة الحق وأساس الاعتراف به انما تكمن فيما يحققه من غرض لا فيمن يسند اليه من شخص أو صاحب . وعلى هذا النحو ، يكفى أن نواجه الواقع ونقول ان هناك حقوقا والتزامات وذمة مالية مستقلة تسند الى الغرض من قيام جمعية أو شركة أو مؤسسة ما وتكون بمعزل عما لكل عضو أو شريك أو منشىء أو منتفع من حقوق والتزامات وذمة خاصة به ، بدل أن نصطنع للجمعية أو الشركة أو المؤسسة شخصية وهمية لاوجود حقيقى لها توصلا الى ترتيب نفس النتيجة .

Bonecase, op. cit., t. IV, Nos. 50, 51. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 248.

عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ٨٤٧—٨٥٠ .

(١) راجع سابقا ، ص ٢٦٣ ؛ وفقرة ٢٦٩ ص ٦٩٢ — ٦٩٦ .

ب ــ نظرية الملكية الجماعية او المشتركة ((١)) : تنسب هذه النظرية خاصة الى الفقيهين الفرنسيين « پلانيول » «(٢)» و « برتيلمى » «(٣)» ، وان كان لها ــ مع اختلاف فى التفصيل «(٤)» ــ أنصار آخرون غيرهما «(٥)» ، وكانت فى أصلها أقدم منهما اذ ترد نواتها الى الفقيه الألمانى « اهرنج » «(٦)» .

(١) راجع ، بصفة خاصة ، فى عرض هذه النظرية ونقدها :
Saleilles, op. cit., pp. 387-475. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 26-30. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 721-727, pp. 387-394. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 39-49. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 248. — Capitant, op. cit., No. 159, pp. 215-218. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 896. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 68. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1047.

عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ١١٠ ــ ١١٨ .

(٢) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, IIe éd., par Ripert, Nos. 3005 et s.

(٣) Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, IIe éd., 1926, pp. 30-40.

(٤) انظر فى ذلك :
Saleilles, op. cit., pp. 477-479. — Michoud, op. cit., t. I, No. 26. — Duguit, op. cit., t. I, § 46, pp. 504, 505.

(٥) Van den Heuvel, De la situation légale des associations sans but lucratif, 2e éd., 1884. — Vareilles - Sommières, le contrat d'association, 1893; Les personnes morales, 1902.

(٦) يرى « اهرنج » أن الأشخاص الأعتبارية ليست أشخاصا حقيقية ، وانها ليست فى الواقع صاحبةماينسب اليها من حقوق ، وانما اصحاب هذه الحقوق هم اعضاؤها او المنتفعون بنشاطها من افراد الناس ؛ ذلك أن الحق عنده مصلحة يحميها القانون،والشخص صاحب الحق هو صاحب هذه المصلحة والمصلحةلاتكون الا مصلحة فرد انسانى . ولذلك يكون الشركاء وأعضاء الجمعية والمنتفعون بالأموال المرصودة على أغراض البر والنفع العام من مرضى وفقراء ويتامى وما الى ذلك ، هم الأصحاب الحقيقيين لماينسب الى الشركة أو الجمعية او المؤسسة من حقوق .
(Ihering, L'esprit du droit romain, trad. Meulenaere, t. IV, pp. 430 et 3).

ورغم اتفاق « اهرنج » مع أصحاب نظرية « الملكية المشتركة » فى اعتبار مايستتر وراء الشخص الاعتبارى من أشخاص طبعيين هم الأصحاب الحقيقيين لما ينسب اليه من حقوق، فيبدو انه لا يذهب مذهبهم من انكار فكرة الشخصية الاعتبارية والدعوة الى الغائها ، بل يراها ــ رغم اصطناعها ــ اداة من ادوات

=

وتقوم هذه النظرية على أن الفرد الانسانى فى ذاته هو وحده الشخص الحقيقى أو الطبيعى ، وأن كل محاولة لاعطاء الشخصية الى غيره ـ كالشركات والجمعيات والمؤسسات ـ محاولة افتراضية ولاغناء فيها . فهذه الأشخاص الوهمية المزعومة ، انما تحجب حقيقة الواقع بما تستر وراءها من أفراد أو أشخاص طبيعيين هم وحدهم الذين يملكون ماينسب اليها من أموال ملكية مشتركة فيما بينهم .

ففكرة الشخصية الاعتبارية اذن قناع زائف ، يخفى معالم « الملكية المشتركة » القديمة واستمرار بقائها الى اليوم بجوار « الملكية الفردية » ؛ فيجب ازالة هذا القناع وهدم خرافة الشخصية الاعتبارية، ومواجهة الحقيقة سافرة وهى أن كل شخص اعتبارى مزعوم ليس له من الشخصية الا الاسم؛ وأنه انما يعنى وجود أموال جماعية ، يمتلكها معا جمهور قليل أو كثير من الناس ، ككتل مستقلة خاضعة لنظام غير نظام الملكية الفردية . وبذلك تصحح الأوضاع، فلا يقال ـ مخالفة للواقع ـ ان هناك نوعين من الأشخاص: الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية ، بل يقال ـ وهذا هو الحقيقى ـ ان هناك نوعين من الملكية : الملكية الفردية ، والملكية المشتركة أو الجماعية «[1]» . اذ لاحاجة أو ضرورة تدعو الى خلق نوع ثان من الأشخاص

=

الصياغة القانونية تستلزمها مقتضيات العمل وتحقق بالتالى فوائد غير منكوره ؛ ولذلك يعتبر الشخص الاعتبارى صاحبا ظاهريا للحق يختفى وراءه الصاحب الحقيقى (انظر فى هذا المعنى : — Saleilles, op. cit., pp. 472-474.
Michoud, op. cit., t. I, p. 64, note (1) (Duguit, op. cit., t. I, pp. 499-502
وانظر فى انتقاد موقف «اهرنج»

(١) يحرص أنصار هذه النظرية على تحديد مدلول الملكية المشتركة أو الجماعية وتمييزها خاصة عن الملكية الشائعة التى يعدونها نوعا من الملكية الفردية . فاذا كانت الملكية الشائعة تترك للأنصبة كيانها من حيث نسبة كل منها ـ رغم اختلاطها ماديا ـ الى مالك خاص مستقل عن بقية الملاك ، لأن هذا الاختلاط المادى عابر مؤقت ـ اذ ليس هو غاية هذه الملكية ـ فلا يلبث

=

الصناعيين الى جوار الأشخاص الطبيعيين لمجرد التعبير عن الصورة الثانية من الملكية وهى صورة قائمة ومعروفة منذ قديم ، بل تجب الاشارة مباشرة الى هذه الملكية مع تعيين أصحابها الحقيقيين. فاذا اتفق تسعة أشخاص على العمل معا وبأموال معينة بقصد تحقيق غرض معين ، يكون من العبث والافتراض القول بظهور شخص عاشر لاوجود حقيقى له ــ كالجمعية أو الشركة ــ يمتلك هذه الأموال ، بل يكفى القول بأن هؤلاء التسعة هم وحدهم الذين يتملكونها ملكية مشتركة أو جماعية. ومن العبث والافتراض كذلك القول بأن الدولة المصرية أو الفرنسية أو الانجليزية شخص اعتبارى يمتلك مايوجد فى اقليمها من أنهار وطرق ومتاحف ، بل يكفى ويجب القول بأن المصريين أو الفرنسيين أو الانجليز هم الذين يملكون هذه الأموال .

هذه هى أبرز المحاولات الفقهية لانكار فكرة الشخصية الاعتبارية والاستغناء عنها بأفكار أخرى يقدمها أصحابها على أنها أسلم منطقا وأكثر واقعية . ويعيب هذه المحاولات جميعا ــ على اختلاف ماتقدمه من أفكار بديلة ــ استواؤها على أساس غير سليم أو مسلم ، هو النظر الى الانسان باعتباره الشخص الحقيقى الوحيد المتصور . ففضلا عما فى ذلك من خلط بين مدلول الشخصية الفلسفية أو النفسية ومدلول الشخصية القانونية ، وهو مايجب تجنبه لاختلاف النظرة والغاية اختلافا محتوما بين الفلسفة

= أن يزول ليؤكد ويوفر استقلال كل مالك واستئثاره بكامل السلطان على نصيبه معنويا وماديا ؛ فان الملكية المشتركة أو الجماعية تكون غايتها ــ على عكس ذلك ــ مثل هذا الاختلاط ، ولذلك فهى تقضى على الكيان المستقل للأنصبة الفردية بل تعدم على الأصح وجود هذه الأنصبة لتحقق اندماجها اندماجا كاملا مطلقا . فالاختلاط اذن هو أساس الملكية المشتركة وغايتها ، بينما يكون الاستقلال هو غاية الملكيــة الشائعة ولذلك تظل نوعــا من الملكيــة الفردية (انظر : Planiol, op. cit., t. I, No. 3005:

وعلم النفس وبين القانون على ماسبق البيان «١» ، فهو كذلك أساس يفتقد الدليل والبرهان ويصبح تقديمه على أنه من المبادىء والمقدمات المسلمة ضربا من الافتراض والاصطناع . وكذلك يعيب هذه المحاولات أنها تغير وجه المشكلة الحقيقية فى فكرة الشخصية الاعتبارية ، فتجعلها مشكلة وجود هذه الفكرة لا مشكلة تبريرها وتأصيلها ، رغم أن وجودها بات مسلما ومستقرا فى القوانين الوضعية الحديثة المختلفة .

ومن ناحيـــة أخرى ، فان هذه الأفكار التى تقـــدم كبديل عن فكرة الشخصية الاعتبارية لاتغنى عنها فى واقع الأمر .

فقد رفضنا من قبل فكرة قيام حقوق أو ذمة لاتسند الى صاحب من الأشخاص ، لأن الحق — وهو فى جوهره رابطة قانونية — يستلزم على الأقل وجود طرف واحد من الأشخاص ، يكون هو صاحب الاستئثار بما تخول هذه الرابطة من قدرة تسلط أو اقتضاء «٢» ؛ ولأن الذمة — وهى مجموع من الحقوق والالتزامات المالية — لاتتصور بالتالى الامنسوبة الى شخص يكون صاحبها ، طالما أن الحقوق والالتزامات لاتقوم استقلالا وانما تثبت حتما لشخص أو عليه «٣» .

وأما فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة ، فيعيبها أساسا أن منطقهـــا يفترض — خلافا للواقع — أن الشخص الاعتبارى انما يكون حتما جماعة من الأفراد تنسب اليهم الملكية المشتركة لأمواله، رغم أن المسلم أن الشخص الاعتبارى — كما قد يكون جماعة من الأفراد — قد يكون كذلك مجموعة من الأموال كما فى صورة المؤسسة ؛ وبذلك يتبدى قصور هذه النظرية وعجزها عن تأصيل وتكييف الطبيعة القانونية للشخصية الاعتبارية بوجه

---

(١) انظر سابقا ، ص ٦٩٨ و ٦٩٩ .
(٢) انظر سابقا ، ص ٦٩٤–٦٩٧ .
(٣) انظر سابقا ، ص ٦٧٤ .

عام على اختلاف أنواع الشخص الاعتبـارى «[1]» • بل ويكون من العسير كذلك تطبيق هذه النظرية على المؤسسات ، لأن عنصر المـال اذا كان بارزا فى شأنها باعتباره هو قوامها مما يبرز محل الملكية المشتركة ، فمشكلة تحديد أصحاب هذه الملكية ليست بالمشكلة اليسيرة الحل الا على أساس اعتبار المنتفعين بأموال المؤسسات من مرضى وفقراء وغيرهم هم ملاكها ، رغم مافى ذلك من خلط ومجاوزة للمنطق وافتراض غير مقبول «[2]» •

ويعيب هذه النظرية كذلك أنها تتضاءل بالشخص الاعتبارى الى حد تركيزه فى المال الذى يملكه رغم أن المال ليس الا مجرد وسيلة لتحقيق غايته ، وقد لايكون هو الوسيلة الوحيدة أو الوسيلة اللازمة المحتومة الى ذلك ، فكثيرا ما يحقق الشخص الاعتبارى نشاطه وأغراضه بالجهود الفردية المشتركة أكثر مما يحققها بالأموال الجماعية ، أو حتى بالاستغناء عن هذه الأموال ، كما هو شأن بعض الجمعيات الثقافية أو الدينية أو العلمية «[3]» • فالمـال اذن ، فى أفضل الظروف ، ليس هو جـوهر الشخص الاعتبـارى

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No. 249, p. 262.

(٢) فى هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 395, 396, 425, 426, 443, 463. — Beudant et Voirin, op. cit., ibid. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 896, pp. 716, 717. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 68. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1047.

بل وحتى اذا أمكن تصور نسبة ملكية أموال المؤسسة الى المنتفعين بها حاليا ومستقبلا ، فتظل هذه النسبة مستحيلة فى صور المؤسسات غير الموجهة الى نفع طائفة معينة او قابلة للتعيين من الأفراد ، مثل معاهد الابحاث العلمية او الطبية المرصودة كمؤسسات على تحقيق تقدم العلم او مكافحة الأمراض مما يفيد الكافة على السواء (Saleilles, op. cit., p. 426) .

(٣) فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 159, p. 217. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 250.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ ، ص ٢٩٦ •

ولا العنصر الأساسى فيه ، والدليل البارز على ذلك هو الدولة . فمن غير المقبول اعتبار الدولة — كما يحتم منطق هذه النظرية — مجموعة من الأموال يمتلكها الوطنيون ملكية مشتركة ، اذ فى ذلك تجاهل واضح لوظيفة الدولة والغاية من وجودها ، ككائن مجرد يركز مشاعر وأمانى وتقاليد أمة معينة ويمثل ويحقق وحدة أفرادها وأغراضها ويدافع عن كيانها ومصالحها «(١)» . وبذلك تعجز هذه النظرية عن تفسير وجود الدولة ووحدتها ودوامها ، وتحصر بذلك الشخصية الاعتبارية فى نطاق القانون الخاص وحده دون القانون العام على غير أساس أو مبرر معقول «(٢)» .

ومن ناحية أخرى ، فان الملكية الجماعية أو المشتركة لاتوفر لأصحابها مقومات حق الملكية وسلطاته المعروفة ، وخاصة فى شأن أموال الأشخاص الاعتبارية العامة ؛ اذ لايقتصر التمتع بها والافادة من منافعها على الوطنيين وحدهم باعتبارهم مالكيها فى منطق هذه النظرية ، بل يعم الكافة جميعا وطنيين وأجانب أى مالكين وغير مالكين على السواء ، فحق الأجانب لايقل عن حق الوطنيين فى السير فى الطرق العامة وزيارة المتاحف «(٣)» .

وأخيرا فان قيام الملكية المشتركة أو الجماعية — خلافا للمكية الشائعة — على أساس من اختلاط أو انعدام الأنصبة ، انما يعنى فى الحقيقة أن هذه الملكية لاتنسب استقلالا الى كل واحد من الأفراد على حدة وانما تنسب اليهم كلهم معا ، وذلك لايتأتى الا بالنظر اليهم ككتلة واحدة «٤»

---

(١) Capitant, ibid. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1047.

(٢) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 28.

(٣) فى هذا المعنى :
Capitant, ibid. — Michoud, op. cit., t. I, No. 30, pp. 68, 69. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 249, p. 263. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 896, p. 717.

(٤) وهذا مايعلنه صراحة بعض انصار هذه النظرية . انظر فى ذلك خاصة قول « برتيلمى » :
« Nous pouvons être... propriétaires... collectivement, c'est-à-dire à nous tous, envisagés comme n'étant qu'un » (Berthélemy, op. cit., p. 35).

أو شخص واحد ، وتلك هي بعينها فكرة الشخصية الاعتبارية التى تنكرها هذه النظرية »(١) .

فمحاولات الاستغناء عن الشخصيـــة الاعتبارية اذن محاولات غير سليمة أو مجدية ، مما يبرر عدم توفيقها ويوجب رفضها .

٣٣١ ـ نظرية الشخصية الحقيقية ((٢))

اذا كانت النظرة الى الشخصية الاعتبارية بوصفهـا شخصية وهمية افتراضية أمرا غير مقبول ، وكانت محاولات الاستغناء عن فكرة هذه الشخصية بأفكار أخرى محاولات غير مجدية أو مقنعة كما سبق البيان ، فان جمهور الفقة الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصار الشخصية الاعتبارية الحقيقية فى اتفاقهم على الصفة الحقيقية لهذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك فى تصوير هذه الحقيقة أشد الاختلاف .

(١) فثم اتجاه كبير يحاول تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تكوين عضوى فى الشخص الاعتبارى مماثل للتكوين العضوى أو الحيوى للانسان ، واما بادعاء وجود ارادة جماعية فى الشخص الاعتبارى مقابلـة للارادة فى الشخص الطبيعى .

---

(١) فى هذا المعنى :
Colin, Capitant e De La Morandière, ibid.

(٢) راجع فى ذلك :
Saleilles, op. cit., 521 et s. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 31 - 58. — Bonnecase, op. cit., t. IV, Nos. 109 - 128; 152-160. — Clémens, op. cit., pp. 60 et s., pp. 113 et s. — Capitant, op. cit., No. 160. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 251 et s. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 391 et s. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. =

فأنصار النظرية العضوية او الحيوية (Théorie organique ou biologique) لايرون فارقا فى التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعـددة تكون كلاً واحدا ، اذ الأفراد المكونون للشخص الاعتبارى هم خلايا هذا الجسم الواحد التي تؤلف وجوده وتخلق حياته •

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازى محض وليس بالتصوير الحقيقى ، ولذلك فمحاولة ارساء الصفة الحقيقيـة للشخصيـة الاعتبارية على أساسه محاولة فاشلة ، اذ نعود بهذا التصوير الى دائرة التصويرات الافتراضية المخالفة للحقيقة والواقع • فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعها كلا أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على اطلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لاتتمتع بالشخصية فى نظر القانون •

I, Nos. 897, 898. — Dabin, op. cit., pp. 124 - 164. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 71 - 72 bis. — Réglade, op. cit., pp. 74 - 82. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 415, 417. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 593. — Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd., pp. 157-162.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ ، ص ٢٩٦ و ٢٩٧ . ـ عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ٨٥٠ ـ ٨٦٧ . ـ شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٢ و ١٢٣ . ـ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١١٦ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٤ . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٩٥ و ٩٦ . عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣١ . عبد الفتاح عبد الباقى . المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١٥٣ و ١٥٤ . ـ اسماعيل غانم . المرجع السابق، ١٩٥٨ ، ص ٢١٩ و ٢٢٠ .

(١) راجع فى عرض هذه النظرية وانتقادها .

Saleilles, op. cit., pp. 527, 528. — Michoud, op. cit., t. I, Nos. 33-35. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72.

وأما أنصـــار **نظرية الارادة «١»** ، فهم كأنصار النظرية العضوية أو الحيوية يريدون ارساء حقيقة الشخصية الاعتبارية على أساس التماثل بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى ، ولكنهم يقتصرون فى شأن هذا التماثل على عنصر الارادة وحده ، فيدعون أن للشخص الاعتبارى ارادة جماعية واحدة مستقلة عن ارادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو مايكفى لاسباغ الشخصية عليه كما تكفى الارادة عند الانسان لذلك «٢»؛ اذ الذى يكون الشخصية القانونية للفرد عند هذه النظرية ليس هو ظهوره بتكوينه المعروف من مادة وروح ولكن ظهوره كارادة ، فالارادة وحدها ــ وليس الانسان ــ هى الشخص ، ولذلك ففى جماعات الأفراد حيث يمكن ظهور ارادة جماعية مستقلة ، تكفى هذه الارادة لكى تؤلف شخصية مستقلة عن الشخصيات والارادات الفردية المكونة لها .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الارادة وتعليقها الشخصية بالتالى على وجود الارادة أو امكان ظهورها ، ناشىء من أخذها الحق على التعريف التقليدى من أنه قدرة أو سلطة ارادية . ومن الغريب أن هذا التعريف كان هو نفس نقطة البداية التى تفرع عنها اتجاهان متضادان فى التطرف ، فقد ابتدأ منه أنصار الأفتراض ليدللوا على انعدام الارادة عند الأشخاص الاعتبارية وعلى شخصيتها الوهمية بالتالى، وابتدأ منه كذلك أنصار الحقيقة

---

(١) راجع خاصة فى عرض هذه النظرية وانتقادها :
Saleilles, op. cit., pp. 524-526, 528-540. — Michoud, op. cit. ,t. I, Nos. 36-44. — Clémens, op. cit., pp. 62 et s. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 251. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, pp. 1263, 1264.

(٢) تنسب هذه النظرية الى فقهاء الألمان وخاصة «زيتلمان» Zitelmann و « جيرك » Gierke ، ولكن جذورها ممتدة فى الواقع الى « روسو » فى فكرته عن الارادة الجماعية . (انظر فى ذلك وفى التصويرات المختلفة المعطاة لهذه النظرية : Michoud, op. cit., t. I, No. 36 - 38, 41. — Clémens, ibid)

ولكن ليدللوا على توافر الأشخاص الاعتبارية على ارادة مستقلة كالأشخاص الطبيعيين مما يجعل شخصيتها حقيقية كشخصيتهم «[١]» .

ويعيب هذه النظرية أساسا أنها ــ كالنظرية العضوية أو الحيوية ــ تخلط بين الشخصية القانونية وبين الشخصية الفلسفية أو النفسية ، وتحاول بالتالى أن تخلق تماثلا وتطابقا مستحيلا بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى فى الشخصية الفلسفية أو النفسية من حيث الارادة خاصة «[٢]» . ولو قد بصرت باستقلال الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية وأنها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق والالتزامات لا لوجود أو ظهور الارادة ، لكفت نفسها عناء لاجدوى من ورائه باصطناع هذه الارادة الجماعية للشخص الاعتبارى . ولو كانت الارادة هى مناط الشخصية كما تدعى هذه النظرية ، لوجب انكار الشخصية على عديمى الارادة من أفراد الناس وهو مالا تقره القوانين الوضعية المختلفة كما رأيناه . ويعيب هذه النظرية كذلك أنها ــ كالنظرية الافتراضية ــ تقوم على أساس تعريف الحق بأنه قدرة ارادية ، وهو تعريف بين الفساد كما سبق البيان .

وفضلا عن ذلك ، فلو سلمنا جدلا باناطة الحق والشخصية بالارادة كما تدعى هذه النظرية لما دفع ذلك عنها القصور ، اذ تظل فى هذه الحدود غير مجدية الا فى تفسير اعطاء الشخصية لجماعات الأفراد كالشركات

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 251, p. 264. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 391, p. 358.

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72,

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .

والجمعيات دون مجمـوعات الأموال كالمؤسسات «١» . بل وفى شـأن جماعات الأفراد نفسها ، يكون من العسير فى بعض الأحوال الادعاء حتى بوجود ارادة جماعية مستقلة عن الارادات الفردية كما فى الصور التى يتخذ فيها قرار باسم الشخص الاعتبارى من جانب فرد واحد لامن جانب جمعية عمومية مثلا «٢» .

(٢) نظرية المصلحة الجماعية : اذا كانت محاولات تأسيس الشخصية الاعتبارية على ادعاء تماثل فى التكوين أو فى الارادة بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى محاولات عقيمة وغير سليمة كما تبينا ، فان ذلك قد أتاح الفرصة لظهور اتجاه آخر فى الفقه يربط الشخصية الاعتبارية بتعريف الحق بأنه مصلحة يحميهـا القـانون ، ويحاول تأسيسهـا على وجـود مصلحة جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . وهذه هى النظرية التى تروج عند جمهور الفقه الفرنسى الحديث «٣» .

ومنطق هذه النظرية أنه اذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس بحتم أن تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيون ، بل قد توجد مصالح جماعية تتبلور فى تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين فى هذا التنظيم أو

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., No. 251, p. 265. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, pp. 1263, 1264.

ومن غير المقبول محاولة تغطية هذا القصور بالزعم بوجود ارادة فى مثل هذه المجموعات من الأموال هى ارادة منشئها ، اذ لا قيمة للارادة منفصلة عن صاحبها فى تكوين شخصية مستقلة عن شخصيته

(فى هذا المعنى : Michoud, op, cit., t. I, No. 37, p. 82) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, ibid.

(٣)

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 52, 53. — Capitant, op. cit., No. 160. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 898. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 71. — Waline, op. cit., pp. 158-160.

المنتفعين به ؛ فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعى مستقل . فانه اذا كانت المصالح التى يحرص القانون على حمايتها واعتبارها حقوقا هى دائما مصالح انسانية ، فليس معنى هذا أن أصحاب هذه الحقوق أو الأشخاص يجب أن يكونوا أفرادا من الناس ؛ بل حيثما توجد هذه المصالح الجديرة بحماية القانون يجب الاعتراف بالشخصية لمن يمثلها ، سواء كان فردا من الناس ، أو جماعية من الأفراد أو الأشخاص كجمعية أو شركة، أو مجموعة من الأموال كمؤسسة .

فالشخصية فى هذه الأحوال جميعا واحدة وطبيعية . كل ما فى الأمر أنها فى الحالة الأولى تعبر عن مصلحة انسانية فردية، وفى الحالتين الأخريين تعبر عن مصلحة انسانية جماعية . بل قد يكون ثبوت الشخصية لهذه الجماعات من الأفراد أو المجموعات من الأموال أولى وألزم ، لأنها تمثل مصلحة انسانية جماعية لها حظ من الدوام والبقاء على مر أجيال متعاقبة لعدد كبير من الأفراد ، فهى بذلك تعين على تنمية النشاط الانسانى وتوسيع فرصة تحقيق المصالح الانسانية على نحو أفضل وأجدى من الشخصية الطبيعية التى تمثل مصلحة انسانية فردية . فالشخصية اذن عند هذه النظرية مركز لمصالح انسانية ، واذا كانت الشخصية الطبيعية مركزا لمصالح انسانية فردية ، فالشخصية الاعتبارية مركز أكبر لمصالح انسانية جماعية فلا تقل عنها — ان لم تزد — فى كونها شخصية حقيقية .

واذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية ونظرية الارادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوى أو الارادى ، الا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون «[1]» لابد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا

---

(١) اذا كانت هذه النظرية تقوم اساسا على اعتبار الحق مصلحة
=

التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الاشارة اليها «١» .

وفضلا عن ذلك ، فان ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية فى صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة والمنفعة «٢» ، وهو مايكشف عن أن الشخصية يجب ألا تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولكن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو المنتفعين بهذه المجموعات ، لأن المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحدهم فى نهاية المطاف لا الى هذه الجماعات أو تلك المجموعات «٤» ؛

= يحميها القانون ، فبعض انصارها بالنظر الى ادخالهم فى الحق الارادة كعنصر اضافى على الأقل الى جانب العنصر الأساسى وهو المصلحة ، يضطرون بالتالى الى استلزام عنصرين لتوافر الشخصية الاعتبارية : مصلحة جماعية دائمة من ناحية ، وتنظيم كفيل باستخلاص ارادة جماعية قادرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها من ناحية ثانية (Michoud, op. cit., t. I, Nos. 53-55 — وقرب من ذلك : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢١) .

ولكن هذا الأتجاه لايغير من جوهر النظرية كما بسطناها، لأن عنصر المصلحة لايزال فيه هو العنصر الجوهرى والأساسى لوجود الشخصية ونشوئها ، وليس عنصر الارادة الا عنصرا لازما لنشاطها واستعمال حقوقها . (Michoud, op. cit., t. I, No. 54, p. 121) .

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٣٧ .

(٢) ولعل هذا هو مايعنيه « ميشو » بقوله ان صاحب الحق فى المؤسسة الخيرية مثلا يكون هو جماعة الفقراء او المرضى الذين تتوجه اليهم المؤسسة (Michoud, op. cit., t. I, No. 53, p. 120).

(٣) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

وهذا ماكان يصرح به « اهرنج » زعيم الداعين الى اعتبار الحق مصلحة يحميها القانون ، بقوله :

« Le destinataire de tout droit, c'est l'homme... Les membres isolés sont les véritables destinataires de la personne juridique... La personne juridique comme telle est incapable de jouir; elle n'a ni intérêts ni buts. Elle ne peut donc avoir des droits, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à leur ayant-droit (Ihering, cité par Dabin, op. cit., p. 142).

وكأن الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعـات ككل بشخصية اعتبارية مستقلة ليس فى الواقع اذن الا افتراضا محضا يستر حقيقة الواقع .

(٢) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم «(١)» : اذا كانت المحاولات السابقة غير مقنعة فى كشف حقيقة الشخصية الاعتبارية ، فثم محاولة أخرى حديثه ترجع جذورها الأولى الى الفقه الألمانى وان كان بناءها كنظرية متكاملة قد تم فى الثلث الاول من القرن الحالى على يد جانب من الفقه الفرنسى الحديث «(٢)» ، تتصدى لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعى وماتتضمنه ظواهره من نظم مختلفة ، وتسلط

---

(١) راجع فى ذلك :

Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89-128. — Renard, La théorie de l'institution, 1930; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La theorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1-2, pp. 97-153. — Légal et Brèthe de La Gressaye, Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, 1938. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 392-395.

Bonnecase, op. cit., IV, Nos. 120-127. — Clémens, op. cit., pp. 129-166. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 72 bis. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, pp. 1264, 1265.

(٢) اذا كانت هذه النظرية تنسب خاصة الى « هوريو » الا أن فكرتها قد أثارها من قبل « سالى »(Saleilles, op. cit., pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعده « رينار » و « ديلو » .

انظر فى الاشارة الى دور كل من هؤلاء الفقهاء فى بناء هذه النظرية قول « لوفير » خاصة :

« Saleilles ouvre la porte à l'institution. Hauriou la faire entrer, mais la dote d'une double tendance qui la laisse très imprécise. M. G. Renard l'enrichit prodigieusement, mais avec lui le fleuve gonflé déborde et inonde ses rives. Le P. Delos tente de la stabiliser à son dernier niveau » [Le Fur, préface à l'ouvrage de Clémens déjà cité, p. XI]

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :
شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فترة ١٢٣ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .

بذلك أضواء علم الاجتماع بواقعيته على مختلف الظواهر القانونية. لذلك يمكن تسميتها بالنظرية الاجتماعية (La théorie sociologique) الى جانب اسمها الأصلى وهو «نظرية النظام أو النظم» (La théorie de l'institution)

وتعتبر هذه النظرية أن نواة الشخصية المعنوية (La personnalité morale) — التى ليست الشخصية القانونية (La personnalité juridique) الا تعبيرا عنها فى المحيط القانونى أو أسلوبها القانونى «[1]» — هى هذه النظم الحقيقية الواقعية التى تكشف عنها الروابط الاجتماعية ، فيكون لها ما لهذه النظم من واقعية «[2]» .

وهى تقصد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر فى الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجى .

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والاستمرار فى المحيط الاجتماعى تكون شخصا معنويا وبالتالى شخصا قانونيا . فثم نظم يمكن تسميتها « النظم الأشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص ، لأنها — رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق فى المحيط الاجتماعى — لاتولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها ؛ فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش فى المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، الا أنها لاتتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وانما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة ، ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء «[3]» .

---

(١) و (٢) انظر فى ذلك قول « هوريو » :
La personnalité juridique n'est qu'une retouche et une stylisation de la personnalité morale et par conséquent, elle repose sur le même fond de réalité » (Hauriou, op. cit., p. 127).

(٣) Hauriou, op. cit., p. 97.

وانما يصير النظام شخصا أو يدخل مرحلة التشخيص المعنوى فالقانونى ، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتى فى المجتمع وتنظيم معين يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة، وباندماج واتحاد جماعة من الأفراد — الأعضاء أو المنتفعين — مع هذه الأجهزة فى هذه الفكرة . فالدولة مثلا تعتبر من « النظم الأشخاص » (institutions - personnes) «[١]» ، لأن الفكرة الموجهة — وهى حماية مجتمع وطنى — لاتلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتى مستقل هى الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة — كأجهزة التنفيذ والتشريع — لتحقيق هذه الفكرة فى اتحاد وتعاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين فى هذه الفكرة .

وبذلك تتكشف العناصر اللازمة للشخصية أو لما يسمى بالنظم الأشخاص وهى : (١) فكرة موجهة (idée directrice) «[٢]» وهذا هو العنصر الأساسى ، اذ هذه الفكرة هى روح كل نظام . (٢) جماعة تهمها هذه الفكرة ويعنيها أمر تحقيقها ، كالمواطنين فى الدولة وجماعة المساهمين فى شركات المساهمة وجماعة الفقراء أو المرضى فى المؤسسات المرصودة على غرض البر أو الخدمة العامة . (٣) تنظيم معين متكامل يعمل فى خدمة الفكرة الموجهة لتحقيقها بوسائل وأجهزة (organes) خاصة به، كالحكومة

---

(١) Hauriou, op. cit., p. 96

(٢) يحرص « هوريو» على تمييز «الفكرة الموجهة» عن « الهدف »(but) وعن «الوظيفة»(fonction) معا . فالفكرة الموجهة تشمل النتيجة والوسيلة اى تشمل الهدف ووسائل تحقيقه على السواء ، بينما يقتصر الهدف على النتيجة المراد تحقيقها ؛ ففى الدولة تعنى الفكرة الموجهة تنظيما معينا وخطة معينة للعمل لحماية المجتمع الوطنى ، بينما ينحصر هدف الدولة فى نتيجة معينة هى هذه الحماية . وكذلك تختلف الفكرة الموجهة عن الوظيفة ، اذا الوظيفة ليست الا الجزء المتحقق او على الأقل المحدد من المشروع ، بينما يظل فى الفكرة الموجهة جزء غير محدد او احتمالى فيما وراء الوظيفة ؛ ولذلك تتحدد وظيفة الدولة بنطاق الارادة والسير المحدد للمرافق العامة ، بينما تتحدد فكرتها الموجهة بنطاق الحكم السياسى الذى يعمل فى المجهول .
(انظر : Hauriou, op. cit., p. 99) .

والبرلمـان فى الدولـة ، والجمعية العمومية ومجالس الادارة فى الشركات والجمعيات ، والمديرين فى المؤسسات • (٤) الاشتراك والاتحاد فى الفكرة الموجهة بين هذه الأجهزة وجماعة الأعضاء أو المنتفعين ، كحضور المساهمين جلسات الجمعيات العمومية فى الشركات أو ممارسـة المـواطنين لحقهم فى الانتخاب فى الدولة »[1] •

فاذا توافرت هذه العناصر ، يستوى النظام شخصا معنويا واقعيـا • اذ مع وجود هذا التنظيم وعمله داخل نطاق الفكرة الموجهة بأجهزته الخاصة وخضوع هذه الأجهزة لهذه الفكرة ، يأخذ النظام شكل الجماعة أو الهيئة ذات الكيـان المتميـز أى يدخل مرحلة الكيـان الجمـاعى أو التجمع (Le stade de la corporation). ثم يتخطى النظام هذه المرحلة الى مرحلة التشخيص Le stade de la personnification اذا دخلت الفكرة الموجهة واستقرت فى وعى أفراد الجماعة فاتحدوا مع أجهزة التنظيم القائمة فى سبيل تحقيقها ؛ اذ بذلك تصير هذه الفكرة كائنا اجتماعيا (être social) متميزا له وعى بذاته وبصر بمصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته •

ومظاهر شخصية هذا الكائن الاجتماعى انما تتركز أولا فيما يكون له من حياة داخلية خاصة ثم فيما يمارسه من نشاط خارجى • ففى الداخل تتمتع أجهزة النظام بسلطات كثيرة مختلفة على الأعضاء فى نطاق الفكرة الموجهة وبقصد تحقيقها ، وتتولد للجماعة أو الهيئة حقـوق على هؤلاء الأعضاء • وفى الخارج ، يدخل النظام أو الكائن الاجتماعى فى معاملات متعددة مع الغير بقصد تحقيق الفكرة الموجهة فيكتسب حقوقا ويتحمل قبلهم بالتزامات ، وتقابل حريته فى التعـامل والنشـاط مسئوليته عن أفعاله وتصرفاته •

---

(1) Hauriou, op. cit., pp. 98-106. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 393.

واذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض، وأن معيار الشخصية الاعتبارية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد «[١]» ، وأن الفصل بين « النظم الأشياء » و «النظم الأشخاص» فصل تحكمي يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .

واذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بناء الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء شخصية الانسان الى حد التطرف العكسي في محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظاما من النظم التي تقوم على فكرة موجهه معينة يعمل في خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة «[٢]»، الا أن هذه النظرية في حقيقة الأمر ماتزال تدور في الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص الاعتبارى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم في الكائن الاجتماعي وعيا بذاته

---

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, p. 1264.

ولذلك يعيب عليها بعض الفقهاء عجزها عن تفسير عدم تمتع الأسرة بالشخصية ، وهي نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا . (Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 72)

انظر مع ذلك في محاولة بعض انصار هذه النظرية تبرير تجرد الأسرة من الشخصية :

Delos, article précité, pp. 123-125.

(٢) انظر في ذلك خاصة قول « هوريو » :

« Il se peut que l'être humain consiste essentiellement en une idée d'œuvre à réaliser, servie par un pouvoir de gouvernement et provoquant des manifestations de communion dans un groupement d'êtres élémentaires... L'être humain, comme d'ailleurs tout être créé (est) essentiellement une idée d'œuvre à réaliser... c'est l'âme humaine que (cette idée) doit signifier... l'âme humaine apparaît ainsi comme une réalité objective, ayant la même existence positive qu'a l'idée de l'œuvre à réaliser dans une institution cor-

وبصرا بأهدافه وتحكما فى وسائله بما يحقق الغاية الموجهة «[٣]» . «[١]» .

٣٣٢ ـ جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الرئيسيتان فى تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما . وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض فى هذا الشأن، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية. غير أننا رأينا أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصويرات المقنعة ، وينحو أغلبها نحو الخلط بين الشخصية القانونية وبين الشخصية الفلسفية أو النفسية ، ويستند بعضها الى تعريفات للحق معيبة أو قاصرة . من أجل ذلك ، تنبغى محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية الاعتبارية يكون أكثر منطقا وقبولا ، باستهداء الحقائق التى استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذى أعطيناه للشخصية القانونية .

فقد رأينا ضرورة تجنب الخلط بين الشخصية القانونية وبين الشخصية الفلسفية أو النفسية . ولذلك فكل محاولة للخلط بين الشخصيتين ، واعتبار الانسان هو المثال الأصيل للشخصية فى نظر القانون، والتماس نفس تكوينه ومقوماته بالتالى فى جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال ، للقول بحقيقة شخصيتها الاعتبارية محاولة عقيمة وفاشلة ، نفس فشل المحاولة العكسية

---

porative... (Elle) possède à son service un pouvoir de volonté qui (est) pour elle un organe de gouvernement pour la réalisation de sa destinée... Si nous limitons l'âme humaine, en tant que distincte du corps, à l'élément de l'idée directice, si nous concédons que le corps est une organisation psychophysique et, par conséquent, que les manifestations psychiques phénoménales relèvent de lui, rien n'empêche d'admettre que le système de ces manifestations psychiques soit de la nature des groupements... » [Hauriou, op. cit., pp. 108, 109] .

(١) نجتزىء بهذه الانتقادات لتعلقها بموضوع الشخصية الاعتبارية الذى يعنينا فى هذا المقام ، فلا نعرض للانتقادات الأخرى الموجهة الى هذه النظرية بوصفها نظرية عامة تجاوز النطاق المحدود للشخصية .

لادعاء الصفة الافتراضية للشخصية الاعتبارية استنادا الى انتفاء التماثل فى التركيب والتكوين بينها وبين الشخصية الطبيعية ؛ اذ يظل السجال بين حقيقة هذه الشخصية وبين افتراضيتها دائرا — فى الواقع — فى نطاق الفلسفة وعلم النفس ، لافى نطاق القانون الذى يعنينا وحده وتحصر البحث فيه«[١]» .

ورأينا كذلك وجوب الفصل بين الشخصية وبين الارادة ، فالشخصية القانونية لاتناط بالارادة ، والحق ليس بقدرة أو سلطة ارادية ، كما سبق البيان . ولئن كانت الارادة متطلبة ، فليس تطلبهــا شرطا لوجود الشخصية وانما هو شرط لقدرتها على النشاط الارادى واجراء التصرفات القانونية ؛ ولذلك قد تثبت الشخصية لعديم الارادة حتى من أفراد الناس ويباشر عنه نشاطه الارادى وتصرفاته القانونية شخص آخر ذو ارادة . فمحاولة التماس ارادة جماعية فى الشخص الاعتبارى ، أو وعى عنده بذاته وبأهدافه ، كارادة أو وعى الشخص الطبيعى ، للتدليل على حقيقة الشخصية الاعتبارية ، ليست هى الأخرى بالمحاولة المجدية .

فاذا استبعدنا محاولة ادعاء تماثل فى التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى ، أو وجود ارادة جماعية لدى الشخص الاعتبارى ، أو وعى عنده بذاته وأهدافه ، وجب التزام نطاق القــانــون وحده ومدلول الشخصية فيه ، ففى هذا النطــاق وعلى هدى هذا المــدلول يمكن ارساء الشخصية الاعتبارية على أساس حقيقى واقعى .

والشخصية فى نظر القانون — كما سبق البيان — انما تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجوب الحقوق له أو عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة «[٢]» . وواضح أنه ليس المقصود بالكائن المتميز كائنا حيا حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة،

---

(١) فى هذا المعنى :
Réglade, op. cit., p. 74

(٢) راجع سابقا ، ص ٧٠٦ و ٧٠٧ .

فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لايتمتع بالشخصية فى نظر القانون ، وانما المقصود به كل موجود له وجود ذاتى مستقل وحقيقى ، ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقى بالمعنى الواسع الذى يصرفه الى كل وجود مادى أو معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذى يقصره على الوجود المادى الحسى، اذ ينبغى الحذر من الخلط بين المادة(matière) وبين الحقيقة (réalité) «[١]» ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هى التى تتمتع بوجود حقيقى . ويستوى فى هذا الوجود الحقيقى أن يكون الكائن الموجود من خلق الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان ولخدمته «[٢]» كالشركات والجمعيات والمؤسسات مادام لها من الوجود والكيان المستقل مايميزها عن كيان وذاتية الشركاء والأعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتى مستقل وحقيقى على هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع ــ فضلا عن ذلك ــ أن يمثل قيمة اجتماعية معينة «[٣]» تجعله أهلا لأن يدخل فى الوجود القانونى كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والالتزامات . فالشخصية القانونية اذن انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعى لمثل هذه الكائنات الى وجود قانونى توضع فيه على رأس حياة قانونية مستقلة، مادام أن لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثل هذا التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التى لها وجود ذاتى واقعى بل وحسى كالحيوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانونى فلا تدخل فيه باعتبارها صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية مايبرر وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصاحبة للحقوق والالتزامات ؛ وانما

---

(١) Dabin, op. cit., p. 135...

(٢) Dabin, op. cit., p. 151.

(٣) فى هذا المعنى :

Réglade, op. cit., pp. 75, 76. — Dabin, op. cit., pp. 148, 149.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٧٠٧ .

تدخل فيه ـ بحكم طبيعتها التى تجعلها مسخرة لخدمة الانسان ـ بوصفها شيئا تابعا ومحلا وموضوعا لحقوق الأشخاص ذوى الحياة القانونية المستقلة «[١]» .

فالانسان اذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسسا اذن على شخصيته الفلسفية أو النفسية ولا على تكوينه العضوى أو الحيوى الخاص ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة ، وانما تثبت له الشخصية باعتباره كائنا له كيان ذاتى مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية مايحتم وضعه على رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحا لأن تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات .

وكذلك الشأن فى الجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف وغيرها من صور الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، فهى كائنات لها وجودها الذاتى والحقيقى فى الحياة الاجتماعية ، وتمثل من القيمة الاجتماعية مايدخلها فى نطاق القانون صاحبة لحياة قانونية مستقلة ومركزا للحقوق والالتزامات أى شخصا من أشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة . وهو مايتحقق أمام ضخامة بعض الأهداف الانسانية المشروعة ذات القيمة الاجتماعية أو الرغبة فى استدامتها على مر أجيال طويلة متعاقبة ، اذ يكون من الخطر اسناد هذه الأهداف الى كائن فردى بعينه وربط مصيرها بمصيره، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة وحياته الموقوته . بل ينبغى الاعتراف لهذه الأهداف بحياة مستقلة عن حياته وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو مالايتأتى الا باسنادها الى هذه الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التى توجد كما رأينا وجودا حقيقيا ـ وان لم يكن ماديا ـ فى الحياة الاجتماعية ، والتى تتمتع ـ رغم خروجها من تجمع وتكتل

---

(١) فى هذا المعنى :
Dablin, op. cit., p. 147.

عدد من الأفراد أو رصد فرد أو أفراد مجموعة من الأموال على تحقيق هذه الأهداف ــ بكيان ذاتي مستقل لا يختلط بكيان وذاتية مكونيها أو منشئيها من الأفراد •

ومن ذلك تتضح حقيقــة الشخصية الاعتبارية وقيامها على عنصرين أساسيين : «١» كائن جماعى أو اجتماعى يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه أو منشئيه من الأفراد • ووجود مثل هذا الكائن وجود حقيقى لاافتراض فيه،مادمنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولانقصر الحقيقة على الحقيقــة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطناع وعى أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان • «٢» توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن ، متأتية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق •

فاذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى أو الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات •

ويراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية الاعتبارية ماتتفق عليه كثير من النظريات والآراء «١» من استلزم وجود تنظيم معين للشخص

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, op. cit., pp. 98, 102 et s. — Bonnecase, op. cit., t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 393-395. — Dabin, op. cit., pp. 148, 149, 163. — Waline, op. cit., pp. 161, 162.

شفيق شحاته المرجع السابق ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ . ــ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ١١٧ . ــ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ . ــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

الاعتبارى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به .
وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم،فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية الاعتبارية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من نشاط اذ ينوب عنه فى ذلك شخص آخر هو الولى أو الوصى ؛ وكذلك الحال فى الأشخاص الاعتبارية التىتتوافرلها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتى المستقل ذى القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين يباشر عنها نشاطها .

المطلب الثانى

ابتداء الشخصية الاعتبارية

٣٣٣ ـ اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

اذا كانت شقة الخلاف النظرى واسعةعلىمارأينا بين نظرياتالافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية الاعتبارية ، فلم تلبث أن امتدت فشملت كذلككثيرا من النتائج العمليةوخاصة ما يتعلقبتحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية من حيث اكتساب شخصيتها وانهائها على السواء .

ففيما يتعلق باكتساب الشخصية الاعتبارية أو ابتدائها ـ وهو ما يعنينا فى هذا المقام ـ نراعى أثر تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية بأنها افتراض قانونى محض لايعبر عن حقائق واقعية ، فيما رتبه عليه أنصار هذه النظرية من اعتبار الشخصية الاعتبارية منحة من المشرع متروكة لمحض حريته وتقديره دون قيد أو الزام عليه فى ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص الاعتبارية مادامت تعبر عن حقائق

واقعية اجتماعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفرض نفسهـا على المشرع بحيث لايمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها •

ويبدو أن من المغالاة رد أمر التقييد أو الاطلاق فى حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وهل هى افتراضية أو حقيقية «١»، اذ ليس من المقبول فى ظل القوانين الوضعية ــ وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية ــ انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة • وليس فى ذلك ما يناقض ما انتهينا اليه من حقيقة هذه الشخصية، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع انما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقا صناعيا من العدم فى شكل منحة يتفضل بها عليها ، فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحكم أو للافتراض ومخالفـة الحقيقة ؛ وانما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بما توافر لهذه الكائنات فى الحياة الاجتماعية من وجود حقيقى يستند الى مقومات معينة تجعلهـا أهلا لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات؛ فهو فى تدخله فى اكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية انمـا يلتزم حكم الواقع والحقيقة لايعدوه الى الاصطناع والافتراض ، فلا يقوم اذن بالخلق بقدر مايقوم بالاعتراف «٢» •

---

(١) فى هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢١٩ .

ويراعى كذلك ان الخلاف على التقييد او الاطلاق فى شـأن الشخصيـة الاعتبارية ، حتى لو كان مؤسسـا على الخلاف بين نظرية الافتراض ونظريـة الحقيقة ، يتضاءل الى حد بعيد نتيجة أن أنصار الافتراض لايستلزمون اعترافا صريحا من المشرع بل يكتفون بالاعتراف الضمنى ، وأن أنصار الحقيقة يسلمون على الاقل بضرورة التدخل أو التقدير من جانب القاضى .

(انظر : Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1049, p. 1265)

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 58, p. 130.

واذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعبير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهذا الاعتراف التزاما مفروضا ، اذ يبقى الأساس فى الشخصية الاعتبارية ـــ وهو القيمة الاجتماعية التى تعطى الكائن الجماعى صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة ـــ أمرا نسبيا يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صوره ومدلوله والترجح بالتالى بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع ـــ باستيحاء هذه الاعتبارات ـــ حرية فى الاعتراف غير قليلة .

وعلى أى حال، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصرعلىالأشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر الى انكاره أو التجاوز عنه احتفاظا للشخصيةالاعتبارية بصفتها الحقيقة.فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه «[1]»،دون أن يمارى أحد فى صفتها الحقيقية؛كل ما فى الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى اليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمة اجتماعية تؤهله لحياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال فى الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الأرقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فاذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية، الا أن هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر الى عدم تساوى الكائنات الجماعية من جماعات الأفراد ومجموعات الأموال الموجودة فى المجتمع فى التوافر على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهى نفس الأهمية التى كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية فى الشرائع القديمة كما أشرنا .

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 56.

فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله اذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وان كانت سلطته فى الاعتراف بالشخصية الأولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من تـوافر القيمة الاجتماعية للكائن الجمـاعى بالتحقق من هدفه وقـدره فى ميـزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين الكائن الاجتماعى وصدوره عن تصرفات الأفراد وارادتهم التى تخضع لحكم المشرع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها »[١] .

٣٣٤ — الاعتراف العام والاعتراف الخاص

اذا كان تدخل القانون أو المشرع لازما على هـذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها، فهو يتخذ احدى صورتين: صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

أما صورة **الاعتراف العام** ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة، اذا توافرت فى أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية الاعتبارية بقوة القانون ، دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانونى » (Système de la réglementation légale) »[٢] .

وأما صورة **الاعتراف الخاص** ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة

---

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 57.

(٢) Michoud, op. cit., No. 58, p. 131. — Coulombel, Dalloz, op. cit. t. III, No. 7, p. 760.

من الأموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف — على خلاف الاعتراف العام — اعتراف مباشر وفردى، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de l'autorisation) «[١]» .

وظاهر أن طريق التنظيم القانونى أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص تجاه قيام الأشخاص الاعتبارية . ولئن كان الطريق الأخير فى أصله مناسبا للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها فى الفرد وعدائها للجماعات التى تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيبا لنوازع الحذر التقليدى عند المشرع من قيام بعض أشخاص اعتبارية قوية قد تشكل خطرا على الدولة ؛ الا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقا استثنائيا أو احتياطيا الى جنب الطريق الأول، اذ يمكن المشرع من مراعاة مايلزم من بحث وتدقيق فى شأن بعض الأشخاص الاعتبارية ذات الأهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة فى غير الصور التى يعرفها التنظيم القانونى الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية الاعتبارية «[٢]» .

ولم يكن **القانون المصرى** يتضمن أول الأمر أحكاما عامة تتعلق بالأشخاص الاعتبارية . لذلك عنى التقنين المدنى الجديد بسد هذا النقض، وبين كيفية نشوء الأشخاص الاعتبارية وابتداء شخصيتها جامعا فى هذا الصدد بين صورتى الاعتراف العام والاعتراف الخاص ، وان كان قد أحسن بجعل الاعتراف العام هو المبدأ والاعتراف الخاص هو الاستثناء .

---

(١) Coulombel, ibid.

(٢) فى هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٣ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

فالأصل فى القانون المصرى اليوم ، أن الأشخاص الاعتبارية تنشأ وتبتدىء شخصيتها منذ تكوينها وبقوة القانون دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص بذلك اذا توافرت فيها الشرائط العامة التى يتطلبها القانون فى صور ونماذج ما يعرض لتنظيمه من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال • وقد عدد المشرع هذه الجماعات أو المجموعات التى يكفى الاعتراف العام لابتداء شخصيتها الاعتباريه ، وهى الدولة والمديريات والمدن والقرى ، والأوقاف ، والشركات المدنية والتجارية «[1]» ، والجمعيات والمؤسسات (م ٥٢/١ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى) • أما ماعدا ذلك من جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال الأخرى ، فلا تثبت لها الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى ترخيص خاص من المشرع أى بمقتضى نص فى القانون (م ٥٢/٦ مدنى) ، وهو ما يفتح الباب ـ كما قلنا ـ أمام الصور الجديدة المستقبلة لمثل هذه الجماعات أو المجموعات •

٣٣٥ ـ مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

اذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق ، فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف العام ، وبصدور الترخيص أو الاذن الخاص المتمم لتكوينها فى صورة الاعتراف الخاص • ومعنى هذا أنه فى مرحلة تكوين الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين ، لاتثبت له أية شخصية بعد فى نظر القانون •

ولكن مرحلة تكوين بعض الأشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون

---

(١) ومع ذلك ، فشركات المساهمة لاتكتسب الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى ترخيص واعتراف خاص من المشرع .

(انظر : محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ • ـ مصفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤٨) .

بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الأشخاص • ويتجه الفقه الحديث «(١)» ـ أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين ـ الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تسند اليه أثناءها ـ لا الى أشخاص المؤسسين ـ الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس •

وأيا كان الرأى فى تأصيل مثل هذا الفقه واسناده الى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أو الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الأسس ، فمن الثابت أن ثم تشابها بين مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعى فى مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف القانون للجنين قبل ولادته بالشخصية، على أن يتوقف مصير اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة الى الجنين على تمام ولادته حيا «(٢)» • فاذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتبارى، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكأنه لم تثبت له بالتالى حقوق أو التزامات قط •

غير أن التشابه بين الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين الجنين فى مرحلة الحمل لايعنى تطابقا تاما بينهما فى المركز «(٣)» • فيبدو أن مدى

---

(١) Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 92. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 429. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 608. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1053.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٢٦٥ و ٤٢٢ و ٤٢٣ •

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٧٦ •

(٣) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1053, p. 1274.

الشخصيــة الاعتبارية هنا أو أهليــة وجوب الشخص الاعتبارى فى دور التكوين أوسع من أهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر فى الأصل مثلها على ما يتمحض لصــالحه من حقــوق ، بل تنصرف كذلك الى ماقد يضره من التزامات «[1]» مادامت فى حدود وبقصد التأسيس .

وعلى أى حــال ، فيبـدو أن المشرع المصرى يسلم ـ فى بعض النصوص ـ بامكان قيام شخصية للشخص الاعتبارى فى دور التكوين ؛ اذ ينص قانون الشركات المساهمة على أن المبلغ المدفوع من المكتتبين يودع لحساب الشركة تحت التأسيس ، وعلى وجوب تضمين عقد انشاء شركـة المساهمة ونظامها بيانا تقريبيا لمقدار المصروفات والنفقات والأجور والتكاليف التى تلتزم الشركة بأدائها بسبب تأسيسها «[2]» .

المطلب الثالث

مدى الشخصية الاعتبارية

٣٣٦ ـ اهلية وجوب الشخص الاعتبارى المحدودة

اذا كان من الواجب التفرقـة ـ كما سبق البيــان ـ بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب اليه الحق والالتزام بصفة عامــة أى الصلاحيــة المجردة واعتبار الثانية هى مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أى الصلاحية الواقعية«[3]»، فمن الواضح أن الشخص الاعتبارى له نفس ما للشخص الطبيعى من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صــاحب حق أو التزام فيتوافران اذن على ذات الشخصية،

---

(1) Marty et Raynaud, op. cit., p. 1274, note (1).

(٢) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤٢٣ ، ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٢٧١ .

ولكنهما يختلفان بعد ذلك فى مدى هذه الصلاحية أى فى الصلاحية الواقعية من حيث نطاق وقدر مايسند الى كل منهما من حقوق والتزامات فيتفاوتان اذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب •

ذلك أنهما اذا كانا يتساويان فى الشخصية أو الصلاحية المجردة ، فان بينهما رغم ذلك من اختلاف التكوين والغرض ما يفاوت بينهما فى مدى هذه الصلاحية وسعة مايتفرع عنها من أهلية الوجوب• فمن الحقوق والالتزامات مايرتبط بطبيعة الانسان، فيستحيل اسناده الى الشخص الاعتبارى• وكذلك فارتهان وجود الشخص الاعتبارى وماله من قيمة اجتماعية بغرض معين ، يحتم حصره فى حدود هذا الغــرض ، ويحــددماينسب اليه من حقــوق والتزامات بما يدخل منها فحسب فى هذا الغرض لابما يجاوزه • وعلى هذا النحو، اذا كان الشخص الاعتبارى ــ كالشخص الطبيعى ــ صاحبا للحقوق والالتزامات ، فهو ليس حتما صاحبا لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعى والتزاماته «١»؛ بل تضيق أهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى، فتقصر لزاما عن الاحاطة ببعض ماتتسع له أهلية وجوب الشخص الطبيعى من حقوق والتزامات •

واذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقا من أهلية وجوب الشخص الطبيعى بوجه عام ، فلا يعنى ذلك أن الأشخاص الاعتبارية أشخاص وهمية افتراضية ، بل هى ــ كما سبق البيان ــ أشخاص واقعية لأنها تعبر عن حقائق وقيم اجتماعية مسلمة ، كل ماهنالك أن طبيعة تكوينها وارتهان وجودها بغرض معين يحدان منطقا من أهلية وجوبها • وليس فى انكمــاش أهليــة الوجوب وعدم اكتمالها ما يطعن بوجه عام فى وجــود الشخصية«٢» أو فيما يثبت لها أصلا من صفة حقيقية، ولذلك فرغم الانتقاص

---

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 73.

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٠٩ ، ٧١٠ •

استثناء من أهليـــة وجوب بعض الأفراد تظل شخصيتهم قائمة وحقيقيـــة ، ولايختلف وضع الأشخاص الاعتبارية عن ذلك •

واذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقا من أهلية وجوب الشخص الطبيعى بوجه عام ، فنراعى أنه اذا كان الأصل فى شأن الاختلاف والتفاوت فى أهلية الوجوب ؛ أى أنه لا توجد فى الأصل أهليـــة نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الأصل فى شأن الأشخاص الاعتبارية هو الاختلاف والتفاوت فى أهلية الوجوب ؛ أى أنه لاتدجد فى الأصل أهليـــة وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية ــ كما هو الوضع بالنسبة للأشخاص الطبيعية ــ بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة «[1]» ؛ ولذلك يقال ان المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعيـــة غير قائمـــة بين الأشخـــاص الاعتبارية «[2]» • ومرجع ذلك تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتا كبيرا وتنوعها فيما بينهـــا أنماطا مختلفة ، مما يفاوت بالتالى بينهـــا فيمـــا يسند اليها من حقوق التزامات •

٣٣٧ ــ قيود أهلية وجوب الشخص الاعتبارى

قلنا ان أهلية وجوب الشخص الاعتبارى محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى مابين الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض • ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتبارى قيود معينة لاترد على أهلية وجوب الشخص الطبيعى • وهذه القيود يمكن ردها الى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع الى طبيعة تكوين الشخص الاعتبارى واختلافه فى ذلك عن الشخص الطبيعى ، اذ لايتصور أن يسند الى الشخص الاعتبارى ما يسند الى الشخص الطبيعى من حقوق والتزامات ملازمـــة لطبيعة الانسان ؛ ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص الاعتبارى ــ

(١) قرب من ذلك :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 595.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 88, 89

على خلاف الشخص الطبيعى ــ بغرض معين يتحدد به وحده مايسند اليه من حقوق والتزامات • فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلى •

١ ــ الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان: اذا كان الشخص الاعتبارى يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعى ، فواضح أن الاختلاف بينهما فى طبيعة التكوين يحتم تضييق أهلية وجوب الشخص الاعتبارى عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى واستبعاد اسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتبارى • وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعى الذى يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتبارى المادة ٥٣/١ من التقنين المدنى بقولها « الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية » •

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان، مثل تلك التى تفترض سنا أو جنسا أو قرابة «١» أو جسدا على الشخص الاعتبارى • فيمتنع اذن أن يسند الى الشخص الاعتبارى التزامات وحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الأزواج، والسلطة الأبوية «٢» ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للاولاد أو الزوجة أو المطلقة ؛ أو أن تسند اليه الالتزامات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدى للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامة الجسمية أو البدنية فى رأى من يعده حقا ويدرجه تحت حقوق الشخصية ؛ أو أن

---

(١) Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, No. 43, p. 763.

(٢) ومع ذلك ، فبعض الشرائع الحديثة ــ كالقانون الفرنسى ــ يتيح اثبات بعض حقوق السلطة الأبوية لأشخاص اعتبارية معينة كمؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الا استثناء محضا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المتفرعة عن رابطة الدم والنسب .
(انظر : Michoud, op. cit., t. II, No. 214, p. 87) .

تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، كحق الارث «١» .

ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتبارى بالحقوق السياسية ، وخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحقوق الملازمة لصفة الانسان «٢» . ولكن الواقع أنه ليس فى طبيعة الحقوق السياسية مايفترض حتما نسبتها الى فرد انسانى أو يجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه؛ اذ هى تعبير عن المشاركة فى حكم الدولة ، وهذه المشاركة — كما تتصور من جانب الفرد — قد تتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة خاصة من جماعات من الأشخاص ؛ والشرائع المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك «٣» .

---

(١) ومن التجوز فى التعبير اعتبار الدولة صاحبة حق فى ارث من لاوارث له (انظر مع ذلك : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤) . ذلك ان أسباب الارث — كما يحددها القانون — هى الزوجية والقرابة والعصوبة السببية (انظر عمر عبد الله ، احكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٨ — ٤٠) ، وكلها أسباب تفترض — كما هو ظاهر — وجود انسان ، فلا يتصور توافرها لشخص اعتبارى كالدولة . والمشرع المصرى صريح على أى حال فى أن استحقاق الدولة لتركة من لاوارث له هو استحقاق بغيرطريق الارث، اذ تقضى المادة الرابعة من قانون المواريث لسنة ١٩٤٤ بأنه **اذا لم يوجد ورثه ،** ولم يوجد مقر له من الميت بنسب على الغير أو موصى له بما زاد على الثلث ، آلت التركة أو مابقى منها الى الخزانة العامة (انظر : عمر عبد الله ، المرجع السابق،ص ٢١٠ و٢١١ و٢١٤). فاستحقاق الدولة لتركة من لا وارث له لا يثبت لها اذن بمقتضى حق فى الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العامة على الأموال التى لامالك لها (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور، المرجع السابق، ص ١٦١ هامش (١)) .

(٢) جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .

(٣) فمن ذلك ان الولايات هى التى تمثل فى مجلس الشيوخ الأمريكى ،

وقد اختلف فى شأن الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالى اسناده الى الشخص الاعتبارى ، أم لايعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعى وللشخص الاعتبارى على السواء • وقد سبق أن أشرنا الى أن المشرع المصرى قد اعترف صراحة للشخص الاعتبارى بوصف المؤلف وحقوق المؤلف المعنوية على المصنفات الجماعية التى يوجه وينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت ادارته وباسمه ، وهى المصنفات التى يشترك فى وضعها جماعة بتوجيهه ويندمج عمل المشتركين فيها فى الهدف العام الذى يقصده بحيث لايمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة (م ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف «١» • بل وحل المشرع المصرى مشكلة حساب مدة الخمسين سنة التى ينتهى بمضيها احتكار استغلال المصنف اذا كان المؤلف شخصا اعتباريا ، فجعلها تبدأ من تاريخ النشر (م ٢٠/٣) «٢» •

غير أن هذا المسلك محل نظر «٣» ، فلا هو بالموافق حكم الطبيعة ، ولا هو بالمحتوم فى حكم الضرورة • اذ ظاهر أن الابتكار أو الخلق الذهنى — وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية — ليس الا نتيجة وعى وتفكير عقلى، وصدى انفعال وانطباع نفسى ، وهو مالا يتصور صادرا الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما

= وأن الجامعات تمثل فى مجلس العموم البريطانى
(Michoud, op. cit., t. II, Nos. 223, 224)
وأن بعض الدساتير تأخذ بتمثيل المهن والحرف فى المجالس التشريعية (انظر : عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها) . وأن الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ يجعل للاتحاد القومى حق الترشيح لعضوية مجلس الأمة (م ١٩٢/٢) .

(١) انظر سابقا ، ص ٦٤٣ و ٦٤٤ .

(٢) انظر سابقا ،ص ٦٦٠ .

(٣) انظر كذلك فى انكار وصف المؤلف على الشخص الاعتبارى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1058, p. 1280.
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١١١ و ١١٢ .

والتعبير،فيكون من الافتراض وقسر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتباري بوصفه مؤلفا كالشخص الطبيعي «١» ، وهو على نقيضه يفتقد — بحسب تكوينه — أداة ومناط الابتكار والخلق الذهني .

وليس ثم بعد من مقتضيات الضرورة مايحتم أو يبرر هذا الافتراض ، اذ يغني عنه التسليم بحقيقة الواقع من اسناد وصف المؤلف وحقوقه المعنوية الى مبتكريه الحقيقيين من الأفراد ، واسناد احتكار استغلاله الى الشخص الاعتباري بوصفه راعي الابتكار ومنظمه ، مما يحفظ على المبتكر الحقيقي حقه الطبيعي فى الأبوة الروحية والذهنية للمصنف ويحقق فى نفس الوقت للشخص الاعتباري هدفه من رعاية الابتكار بنشر المصنف تحت ادارته وباسمه ولحسابه ؛ وبذلك تحترم المقتضيات الطبيعية والاعتبارات العملية على السواء . وأما التخوف مما قد يجره هذا الوضع من عرقلة الهدف المقصود من التوجيه الى ابتكار مثل هذا المصنف ونشره نتيجة احتمال التعسف من جانب المؤلفين فى استعمال سلطات حقهم المعنوى ، أمام المسلم اليوم من مسؤلية اصحاب الحقوق والتقييد من سلطاتها نتيجة الرقابة المبسوطة على استعمالها «٢» ، تلك الرقابة التى قد تصل فى بعض الأحوال الى التوقى مقدما من أخطار هذا التعسف بمنع المؤلف — كما رأينا — من مباشرة بعض سلطات حقه المعنوى الرئيسية — مثل سلطة التعديل والسحب من التداول — عند انعدام المبرر القوى المشروع لذلك (م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف) «٣» .

وعلى أى حال ، فالمشرع المصرى اذا كان يعد الشخص الاعتباري

(١) Desbois, op. cit., No. 163.
وانظر سابقا ، ص ٦٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى :
Desbois, ibid.

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٥٨ .

مؤلفا ، فهو لا يقرر له بذلك صلاحية عامة فى هذا الشأن ، وانما يعده مؤلفا فى حالة المصنفات الجماعية وحدها وبالتعريف والشروط التى حددها لهذا النوع من المصنفات (م ٢٧) «[١]» . ومادام اعطاء الشخص الاعتبارى وصف المؤلف ليس الا من قبيل الافتراض كما قلنا وعلى سبيل الاستثناء بالتالى ، فلا ينبغى التوسع فى ذلك فى غير حالة المصنفات الجماعية .

٢ ـ مبدأ التخصص «[٢]» : اذا كان الأصل أن الشخص الطبيعى صالح ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتبارى ـ على خلاف ذلك ـ تتخصص صلاحيته لذلك دون تعميم فلا يصلح صاحبا الا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض .

ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتبارى عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى ضيقا كبيرا ، الى الاختلاف المحتوم فى الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعى لاينحصر فى غرض بعينه ، لأن قيمته الاجتماعية تأتيه من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة ؛ ولذلك فالأصل أن كل الأغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لاتنافى حكم القانون «[٣]» ، فلا تتخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بغرض معين أو جملة معينة من الأغراض ، بل تتسع لتستوعب كل غرض مشروع أيا كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

---

(١) انظر سابقا ، ص ٦٤٣ .

(٢) انظر فى ذلك بوجه خاص :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 243-258. — Capitant, op. cit., No. 193. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059. — Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 36-41, pp. 762, 763.

(٣) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. II, No. 243. — Capitant, op. cit., No. 193, p. 245. — Coulombel, op. cit., No. 36, p. 762.

أما الشخص الاعتبارى ، فالأصل — كما قلنا — أن قيمته الاجتماعية تتأتى من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق «[١]» ، وهو مايعنى ارتهان وجوده وقيام شخصيته بهذا الهدف بعينه دون غيره من الأهداف ، ومايحدد بالتالى اطار حياته القانونية المستقلة بحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لايصلح مركزا الا لما يتعلق به وحده دون غيره من حقوق والتزامات «[٢]» . ولذلك يخضع الشخص الاعتبارى — دون الشخص الطبيعى — لمبدأ التخصص بغرض معين (Le principe de la spécialté) ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الأغراض .

ومبدأ التخصص الذى يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو مبدأ مسلم . وقد كان مرتبطا أول الأمر بنظرية الشخصية الاعتبارية الافتراضية ، حتى ذهب الظن الى أنه بعض آثارها ونتائجها ، وأن من الواجب بالتالى تلاشيه اليوم أمام تراجع هذه النظرية واستقرار الايمان بحقيقة الشخصية الاعتبارية .

ولكن الواقع أن هذا المبدأ واجب التسليم أيا كان وجه النظر فى طبيعة الشخصية الاعتبارية . وقد يكون غريبا أن يصح هذا المبدأ فى ظل النظريتين المتعارضتين على السواء ، ولكن صحته فى ظلهما لاتعنى وحدة أساسه فيهما ، وانما يختلف هذا الأساس فى كل منهما عنه فى الأخرى .

فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، أن الشخصية الاعتبارية مادامت منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر مايتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضرورى من منحها وخلقها . ولكن أساس هذا المبدأ يتغير بطبيعة الحال فى منطق النظر الى

---

(١) انظر سابقا ، ص ٩٠٠ — ٩٠٢ .

(٢) قارن : Michoud, op. cit., t. II, No. 243, pp. 153-155

الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ مادامت هذه الحقيقـة مرتبطة بالغرض الذى يستهدف الشخص الاعتبارى تحقيقه وبما يمثل هذا الغرض من قيمة اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصـار حياته القانونية فى نطاق هذا الغرض وحده «[١]» ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الغرض من حقوق والتزامات وتلاشيهـا فيما يجاوزه منها «[٢]» . فمبدأ التخصص لايناقص اذن ماللشخصية الاعتبارية من صفة حقيقية ، بل هو أسد منطقا وأفضل تأصيلا باستقراره على هذه الحقيقة من اقامته على الصفة الافتراضية المزعومة للشخصية الاعتبارية .

واذا كانت الأشخاص الاعتبارية تخضع لمبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصا قانونيـا (spécialité légale) ، وقد يكون تخصصا نظاميا (spécialité statutaire) «[٣]» . ويتحقق التخصص القانونى نتيجة انتماء الشخص الاعتبارى الى نموذج معين من دون غيره من نماذج الأشخاص الاعتبارية التى يحددها القانون «[٤]»، كالشركة تتخصص باقتسام الربح، والجمعية تتخصص بغرض غير الحصول على ربح مادى، والمؤسسة

(١) قرب من ذلك :
Michoud, op. cit., t. II, No. 244. — Saleilles, op. cit., pp. 641, 642.

(٢) ويفرع بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعا للأخذ بنظرية الافتراض او بنظرية الحقيقة ، ان هذا المبدا فى ظل نظرية الافتـراض لايقبل التوسع فى تفسيره مثلما يقبله فى ظل نظرية الحقيقة . اذ امام اعتبار الشخصية منحة فى النظرية الأولى ، ينبغى تفسير مدى هذه المنحة طبقا لارادة المشرع المانح، وهو بالضرورة تفسير ضيق . واما فى النظرية الثانية حيث لاتعتبر الشخصية منحة، فتفسر القيود الواردة على أهلية الوجوب اذن فى حدود مايرسمه نظام الشخص الاعتبارى من مجال وبختطه من هدف ، أى طبقا للارادة الخاصة واضعـة هذا النظـام ، وهو مايسمـح بالتفسـير الواسـع . (انظر فى ذلك :
Saleilles, op. cit., pp. 643, 644).

(٣) ولعل هذا هو مايعنيه المشرع المصرى بنصه (م ٥٣/٢ ب مدنى) على أن للشخص الاعتبارى « أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون » عن طريق تحديد غرضه .

(٤) Coulombel, Dalloz, op. cit., Nos. 37, 38, p. 762. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059, p. 1281

تتخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام . ويتحقق التخصص النظامى عن طريق النص فى نظام الشخص الاعتبارى على موضوع أكثر تحديدا داخل نطاق الغرض الأصلى والتخصص القانونى «١» ، كتخصيص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية باحياء التراث الأدبى القديم ، أو مؤسسة برعاية اليتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين فى فرع من فروع العلم والمعرفة ؛ أو عن طريق التصريح فى نظام الشخص الاعتبارى باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة فى نطاق الغرض الأصلى والتخصص القانونى «٢» .

واذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو ، فسنرى من بعد أثره كذلك فى الحد من نطاق نشاطه .

المطلب الرابع

مميزات الشخصية الاعتبارية

٣٣٨ — تمهيد

اذا كان للشخص الاعتبارى من الشخصية ما للشخص الطبيعى رغم تفاوتهما فى مدى أهلية الوجوب على ماتبينا، فثم مميزات للشخص الاعتبارى مقابلة لمميزات الشخص الطبيعى ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما فى مدلول هذه المميزات أو فى الضوابط والعناصر التى تتحدد بها ، اذ يبقى بينهما من الفروق فى طبيعة التكوين والغرض ما يفرق بينهما فى عناصر أو مدلول مايتوافران عليه من نفس المميزات .

فنعرض فيما يلى لمميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لمميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن. ونعرض كذلك لما يميز الشخصية

---

(١) Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 41, p. 763.

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059, pp. 1282.

الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها أو منشئيها من الأشخاص الطبيعيين •

٢٣٩ ـ حالة الشخص الاعتبارى

اذا كان الشخص الطبيعي ـ كما رأينا ـ يتميز بحالة معينة تحدد أساسا مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحيانا من الدين «١» ، فواضح أن من أنواع هذه الحالة مالايتأتى نسبته الى الشخص الاعتبارى نظرا لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعى • اذ من البديهى أنه لايتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتبارى ، فهى حالة قاصرة بالطبيعة على الفرد الانسانى، ولذلك أشرنا من قبل الى عدم تمتع الشخص الاعتبارى بما يتمتع به الشخص الطبيعى من حقوق الأسرة • وأما الحالة الدينية ، وهى تقوم على فكرة الانتماء الى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح أنها كذلك من خصائص الانسان وحده الذى تتوجه اليه الأديان فيرتبط بأحدها ارتباطا ايمان،ولذلك فاذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة«٢»،فليس معنى ذلك أن للدولةعقيدة دينية وحالة دينيةكالأفراد تؤثرفى مدى ماتتمتع به من حقوق ، وانما القصد من ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذى ينتمى اليه غالبية رعايا الدولة ، ولكن دون فرضه على من لايدينون به من الرعايا والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم فى طليعة الحريات الأساسية للفرد التى تلتزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للأفراد جميعا دون تفرقة • فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه يتصور توافرها للشخص الاعتبارى كالشخص الطبيعى، ولكن مع اختلاف بينهما فى مدلولها وعناصرها •

---

(١) انظر سابقا ، ص ٧٣٧–٧٤٩ •

(٢) كنص الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ ولسنة ١٩٥٦ على أن الاسلام دين الدولة المصرية •

جنسية الشخص الاعتبارى «١» : يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تميز الشخص الاعتبارى بجنسيـة على غرار الشخص الطبيعى ، ولايرون ، فى الجنسية المزعومة للشخص الاعتبارى الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموفقة لاصطناع تشابه وتماثل تام بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى . ذلك أن الجنسية هى رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والأفراد المكونين لها ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب فى الدولة ، وهو مايجعلها عقلا قاصرة على أفراد الناس وحدهم اذ من غير المتصور النظر الى الأشخاص الاعتبارية بوصفها أعضاء فى دولة أو جزءا من شعب «٢» . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على مايقوم بين الأفراد ووطنهم من روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لمثل هذه الروابط بداهـة معنى أو وجود بالنسبـة الى الأشخاص الاعتبارية التى ليس لها جسم يتحمل بالآلام أو روح يتعلق بالمثل والآمال «٣» .

---

(١) راجع فى ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 315-332. — Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-79, t. II, 2e éd., Nos. 750 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, Nos. 192 et s. — Lerebours - Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6e éd., 1954, Nos. 172 et s.

Capitant, op. cit., No. 184. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 83. — Ripert et Boulanger, op. cit., No. 435. — Mazeaud, op. cit., No. 617. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1074.

عـز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ج ١ ، الجنسيـة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب) ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢-٢٢٥ . — أحمـد مسلم ، القانون الدولى الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٣٧٨-٣٩٨ و٤١٢-٤١٦ . — محمد كمال فهمى أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرات ٢١٧-٢٢٣ . — شمس الدين الوكيل ، الجنسـية ومركز الأجانب فى مصر ، ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨-٢٠٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, op. cit., No. 257, p. 233.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 83

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتبارى على هذا النحو انما يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعى لايمكن ثبوتها للشخص الاعتبارى الا على نفس العناصر وفى نفس الحدود ، وهو تماثل غير متصور التحقيق فى العمل ، لأن الشخص الاعتبارى اذا كان يتوافر ــ كالشخص الطبيعى ــ على ذات الشخصية فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه ، بل ان بينهما من الاختلاف فى الطبيعة والتكوين مايحتم الاختلاف بينهما فى مدلول وعناصر مميزاتهما المتقابلة ، دون أن يؤدى ذلك الى انكار هذه المميزات على أحد الشخصين دون الآخر . فاذا كان للشخص الطبيعى مثلا اسم يلحقه عن طريق النسب، ولم يكن مثل هذا الطريق بالمتصور فىشأن الشخص الاعتبارى ، فلا يجب أن يستخلص من ذلك انكار الاسم على الشخص الاعتبارى ، بل يكون له اسم يتميز به كالشخص الطبيعى وان قام بين الاسمين اختلاف طبيعى نتيجة مايقوم بين الشخصين من اختلاف فى الطبيعة والتكوين . وكذلك ليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب فى الدولة وتثبت للشخص الطبيعى وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الأثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص الاعتبارى والا امتنع ثبوتها له،فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ماهو محتوم بين الشخصين.

والواقع أنه رغم الاختلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى نتيجة ما بينهما من اختلاف فى الطبيعة والتكوين، فالفكرة واحدة فى الجنسيتين وهى وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة فى شأن الشخص الاعتبارى ، ويسلم بقيامها وضرورتها منكرو جنسية الشخص الاعتبارى أنفسهم «[1]» ، اذ بوصفه شخصا تتوافر له ــ كالشخص الطبيعى ــ صلاحية ووجوب الحقوق والالتزامات ، لابد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها

---

(١) Niboyet, ibid.

نظامه وسيره وتحديد مايتمتع به من حقوق داخلها «١» ، وتبسط عليه حمايتها خارج حدودها «٢» . فكأن الخلاف بين منكرى جنسية الشخص الاعتبارى وأنصارها ليس فى حقيقته خلافا على وجود مثل هذه الرابطة أو التبعية فى شأن الشخص الاعتبارى وانما هو خلاف على تسميتها ؛ وليس من حرج فى تسميتها باصطلاح الجنسية ، طالما يظل واضحا الاختلاف الطبيعى والمحتوم بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى «٣» ، وأن لكل من الشخصين الجنسية الموافقة لطبيعته .

واذا كان للشخص الاعتبارى جنسية بهذا المعنى الذى يؤكد تبعيته لدولة معينة ، سواء تبعيته القانونية فى شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون هذه الدولة أو تبعيته السياسية فى شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها ، فينبغى تحديد ضوابط ومعايير هذه الجنسية ، وهى بالضرورة ضوابط ومعايير نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان .

وعلى أى حال ، فيذهب جانب من الفقه فى هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الأولى هو مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى وهو المعيار السائد فى كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتبارى «٤» . ولذلك ليس ثم مايمنع فى

---

(١) اذ الأصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق أكبر مما يتمتع به الأجانب غير المرتبطين بهذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتبارى الوطنى والشخص الاعتبارى الأجنبى .

(٢) فى هذا المعنى :

Lerebours-Pigeonnière, op. cit., No. 172.

(٣) فى هذا المعنى :

Batiffol, op. cit., No. 192.

عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٣ .

(٤) Niboyet, Cours, Nos. 251-272; Traité, t. II, Nos. 769 et s.

منطق هذا النظر من تبعيـة شخص اعتبارى تبعيـة قانونيـة لدولة معينة لوجـود مركز ادارتـه الـرئيسى الفعلى فى اقليمهـا ، وعـدم تبعيتـه لهـا فى نفس الـوقت تبعيـة سياسيـة اذا كانت السيطـرة أو الرقابة الفعليـة عليه فى يد أفـراد من الأجـانب ؛ فيخضع نظامـه القانونى اذن لقانون هذه الدولة ، ولكنه لايتمتع فيها بنفس مايتمتع به الوطنيون من حقوق •

ولكن يبدو أن مثل هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه فى شأن معيار جنسية الشخص الاعتبارى ، وأن من الأفضل الوقوف فى الأصل عند معيار واحد تتحدد به جنسية الشخص الاعتبارى الوطنية أو الأجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الأفراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم • وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كشفت ظـروف الحربين العالميتين الماضيتين عن فائدتها فى الكشف عن النشـاط الأجنبى والمصالح الأجنبيـة المعادية المستترة وراء الطابع الوطنى لجنسيـة بعض الأشخاص الاعتبارية والشركات منها خاصة ، مما يوجب ويبرر معاملـة هذه الأشخاص معاملة الأجانب الأعداء وحرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين فى مثل هذه الظروف العصيبة ؛ وانما يكون الالتجاء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مماتتمتع به الأشخاص الاعتبارية الوطنية فى الأصل من حقوق ، حيث تقتضى ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع باعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها «[1]» •

= عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . ــ محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، فقرات ٢١٨ــ٢٢٢ .

(١) انظر فى توحيد معيار جنسية الشخص الاعتبارى والاعتداد بعنصر الرقابة استثناء على هذا النحو :

Batiffol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours-Pigeonnière, op. cit., Nos. *174, 182, 184*.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤١٢ و ٤١٥ و ٤١٦ . ــ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .

ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى الفعلى هو المعيار الأصلى لجنسية الشخص الاعتبارى ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد بالدولة التى يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها لنظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الأجنبيـــة عليه بخضوعه للسيطرة الفعلية لرعايا من الأجانب أى تأثير فى الأصل على جنسيته الوطنية. ولكن اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للصالح الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الأصلية وانما مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق . وليس فى ذلك عجب أو غرابة ، طالما أن الشخص الاعتبارى رغم كيانه المستقل لا يمكن فصله وتجريده تماما عن القائمين بأمر توجيهه ورقابته والسيطرة عليه من الأشخاص الطبيعيين الذين قد تختلف تبعيتهم وجنسيتهم عن تبعيتـه وجنسيته ، مما يوجب الاعتداد بعنصر هذه الرقابة الأجنبية حيث يبدو فى الظروف الاستثنائية خطرها على الصالح الوطنى ، أو حيث يتعلق الأمر ببعض القوانين التى تقوم على فكرة التضامن الوطنى «١» . ففكرة الرقابة اذن فكرة احتياطية يستعان بها فى ظروف خاصة أو بنصوص خاصة للحد مايتمتع به الشخص الاعتبارى الوطنى من حقوق بالنظر الى خضوعه لتوجيه أجنبى أو سيطرة أجنبية، حيث يتكشف قصور معيـــار الجنسيـــة الأصلى عن حماية الصالح الوطنى فى شأنها .

ويبدو أن المشرع المصرى يجرى على هذا النهج . فهو يعتد أصلا فى تحديد جنسية الشخص الاعتبارى بمعيار مركز الادارة أو المركز الرئيسى الفعلى «٢» وهو المعيار الغالب فى كثير من الشرائع كما أشرنا ، كما يفعل

---

(١) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٢ ، ص ٣١٥ .

(٢) ويخرج البعض ذلك على اساس نص المادة ٢/١١ من التقنين المدنى القاضى بأن « ... النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبيـــة ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها . يسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيهـا هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي... » . ولكن يبـدو ان هذا

باشتراطه فى الجمعيات والمؤسسات الخاصة أن يكون مركزها فى مصر «[١]» ؛ وان كان فى شأن بعض أنواع الشخص الاعتبارى يعزز هذا المعيار بمعيار مكان التأسيس ، كما يفعل فى شأن الشركات المساهمة «[٢]» بنصه على أن « جميع الشركات المساهمة التى تؤسس فى القطر المصرى يجب أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الأصلى بالقطر المذكور » (م ٤١ تجارى) «[٣]» .

غير أن المشرع المصرى يعتد بفكرة الرقابة الأجنبية على الشخص الاعتبارى المصرى للحد من تمتعه ببعض حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية الثابتة ، وذلك فى ظروف استثنائية خاصة أو بصدد قوانين معينة بالذات . فمن ذلك تقريره الحراسة أثناء الحرب العالمية الثانية على أموال الشركات والجمعيات التى كانت تعمل باشراف رعايا الأعداء من الألمان أو الايطاليين أو تدخل لهم فيها مصالح هامة ، وتقريره الحراسة كذلك أثناء العدوان الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ على أموال الشركات والمؤسسات والجمعيات المصرية المعتبرة خاضعة لاشراف رعايا الأعداء من

=

النص ، وهو متعلق بمشكلة التنازع بين القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، لايفيد فى تحديد معيار الجنسية المصرية للشخص الاعتبارى . (انظر فى هذا المعنى : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠١ ، ص ٦٤٣) .

(١) م ٣ و ٥٨ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وهما ترديد لنص المادتين ٥٥ و ٧٠ من التقنين المدنى المنسوختين بهذا القانون .

(٢) قارن مع ذلك :
مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨١ ، ص ٣١٢ .

(٣) ومع ذلك يعتد القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ « بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة » بأحد ضوابط ثلاثة : محل التأسيس أو مركز الادارة أو مباشرة النشاط الرئيسى فى مصر ؛ غير ان هذه المعايير قاصرة فقط على تحديد ولاية هذا القانون (انظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٦٤٤ و ٦٤٥) .

البريطانيين أو الفرنسيين أو داخلة لهم فيها مصالح هامة»[1] . ومن ذلك أيضا اقدام المشرع المصرى على الاعتداد بفكرة الرقابة مقدما رعاية للصالح الوطنى بالنسبة لشركات المساهمة خاصة ، باشتراطه الاحتفاظ بنسبة معينة للمصريين فى تكوين مجلس الادارة وفى عدد المستخدمين والعمال وتخصيص نسبة معينة من الأسهم للمصريين »[2] .

٣٤٠ ـ اسم الشخص الاعتبارى

اذا كان للشخص الطبيعى ـ كما رأينا ـ اسم معين، فكذلك للشخص الاعتبارى اسم يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم عند انشاء الشخص الاعتبارى ، فهو يتطلب مثلا ذكر اسم الجمعية فى نظامها المكتوب ، واسم المؤسسة فى السند الرسمى أو الوصية المنشئة لها (م ٣ و ٥٨ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

والغالب ـ خاصة فى شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ـ تعبير الاسم عن الغرض الذى يستهدفه الشخص الاعتبارى كما فى الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة ، ولكنه أحيانا ـ كما فى شأن شركات الأشخاص ـ قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتبارى ولكن مضافا اليه ما ينفى النشاط الفردى ويشعر بوجود الشخص الاعتبارى واستقلاله عن شخصية أعضائه .

---

(١) أنظر فى ذلك :
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦–٦٤٨ .

(٢) أنظر فى ذلك :
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦١٧ و ٦٥٣ و ٦٥٤ .
وقد يصل الامر الى حد استبعاد كل أثر للرقابة أو المصالح الأجنبية فى شأن بعض الأشخاص الاعتبارية ذات الأهمية البالغة بالنسبة الى اقتصاد الدولة، كما فعل المشرع المصرى أخيرا فى شأن البنوك وهيئات التأمين باستلزامه أن تتخذ شكل شركة مساهمة مصرية وان تكون أسهمها اسمية ومملوكة لمصريين (انظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦١٩ و ٦٥٤) .

واذا كان لاسم الشخص الطبيعى — على الأقل فى حدود اللقب — صفة عائليـة لتأتيه عن طريق النسب بما يجعله غير مقصور على فرد واحد بل يشترك فى حمله أفراد نفس الأسرة ، فمن غير المتصور أن يثبت لاسم الشخص الاعتبارى مثل هذا الوصف العائلى ولذلك يكون مقصورا عليه وحده «[١]» .

واذا كان اسم الشخص الاعتبارى اسما يمارس التجـارة تحته ، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد فى الخصائص بينـه وبين اسم الشخص الطبيعى اللصيق بالشخصية ، ولذلك يصبح — على خلافه — داخلا فى دائرة التعامل مما يجعل الحق فيـه محلا للتصرف والاكتسـاب أو السقـوط بالتقادم «[٢]» . ولكن يجب مراعاة ماسبق بيانه من عدم انفصال أو استقلال هذا الاسم عن المحل التجارى المخصص له ، ولذلك لايجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى هذا المحل حمايـة للجمهـور من اللبس والتضليل «[٣]» .

وواضح أن القانون يحمى اسم الشخص الاعتبارى كما يحمى اسم الشخص الطبيعى من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير، فيخول للشخص

---

(١) فى هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 566.

ولذلك فحتى حيث يدخل لقب أحد الشركاء فى أسم شركة من شركات الأشخاص ؛ لايستطيع من بعد فرد آخر يحمل نفس اللقب أن يدخله فى اسم شركة جديدة باعتباره شريكا فيها الا باضافة بيان يميز هذا الاسم عن اسم الشركة الأولى (أنظر : مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، فقرة ١٠٠٧) .

(٢) فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٩٩٣ . وسابقا ، ص ٧٦٣ و ٧٦٤ و ٧٦٨ .

(٣) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠٨ . وانظر سابقا ، ص ٧٦٨ .

الاعتبارى طلب وقف أى اعتداء على اسمه «[١]» مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

٣٤١ ـ موطن الشخص الاعتبارى

اذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل مايتم أو يوجه اليه فيهخاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى،فنراعى أن للشخص الاعتبارى موطنا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئيه أو أعضائه . ويتحدد موطن الشخص الاعتبارى فى القانون المصرى بالمحل الذى يوجد فيه مركز ادارته، اذ تنص المادة ٢/٥٣ ـ د من التقنين المدنى على أن يكون للشخص الاعتبارى «موطن مستقل. ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته ...» . وقد اعتد تقنين المرافعات بهذا الموطن عند تحديد الاختصاص القضائى ، بنصه فى المادة ١/٥٨ منه على أنه « فى الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز ادارتها ... » .

والمقصود بمركز ادارة الشخص الاعتبارى مركز نشاطه القانونى والمالى والادارى، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال «[٢]»، فكثيرا مايوجد الاستغلال فى المكان المناسب له بعيدا عن مركز الادارة ، كشركة مصر للغزل والنسيج يقوم استغلالها فى مصانعها بالمحلة الكبرى بينما يوجد مركز ادارتها فى القاهرة .

---

(١) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص الاعتبارى ، كما هى الحال فى شأن اسم الشخص الطبيعى ، لاتعلق على اثبات ضرر معين (فى هذا المعنى: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، فقرة ٦٩٤ . وقارن مع ذلك: شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١١٦) . فالاعتداء على الاسم يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته، لأن لصاحب الاسم ـ ككل صاحب حق ـ مصلحة ولو معنوية فى الاستئثار وحده باسمه وبسلطانه عليه (انظر سابقا ، ص ٥٩٥ و ٥٩٦) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 144.

واذا كان مركز الادارة هو موطن الشخص الاعتبارى ، فلا يعتد به موطنا له رغم ذلك الا اذا كان مركزا حقيقيا لا وهميا للادارة «١» . وكذلك لايعتد بتغيير مركز الادارة الا اذا كان تغييرا حقيقيا «٢» .

واذا كانت الأشخاص الاعتبارية لاتباشر نشاطها فى مكان واحد بأن تكون لها فروع متعددة ومنتشرة فى أماكن متفرقة متباعدة ، فيصبح التقيد بموطنها العام وهو مركز الادارة طبقا للأصل مرهقا للمتعاملين مع مثل هذه الفروع وخاصة النائية منها . من أجل ذلك وتيسيرا للتعامل ، ابتـدع القضاء الفرنسى نظرية استقر عليها منذ قديم هى نظرية « المحطات الرئيسية أو الفروع» «٣»، من شأنها تمكين هؤلاء المتعاملين من الاعتداد بمركز هذه الفروع ــ دون مركز الادارة الرئيسى ــ باعتباره الموطن فى شأن مايتعلق بها من أعمال . وأيا كان الخلاف فى الفقه الفرنسى حول هـذه النظريـة وتبريرها «٤» ، فالمشرع المصرى يقرها صراحة ويعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من فروع الشخص الاعتبارى موطنا خاصا بالأعمال المتعلقة به ، اذ ينص فى المادة ٢/٥٨ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز رفع الدعوى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة، وذلك فى المسائل المتصلة بهذا الفرع» . وقد طبق التقنين المدنى نفس الحكم فى شأن الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فقضى بأنه بالنسبة الى القانون الداخلى يعتبر موطنها أو مركز ادارتها هو

---

(١) — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 144, p. 184. — Mazeaud, op. cit. No. 588.

(٢) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٣١٠ .

(٣) Théorie dite des gares principales ou des succursales

(٤) انظر فى ذلك خاصـة :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., Nos. 144, 145. — Mazeaud, op. cit., Nos. 589, 590. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1073.

المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية «[1]» (م ٥٣/٢–د) •

٣٤٢ – ذمة الشخص الاعتبارى المستقلة

اذا كان للشخص الاعتبارى كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التى لاتختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى « ذمة مالية مستقلة » (م ٥٣/٢–أ) عن ذمة كل منهم • وينبنى على ذلك خاصة «[2]» أن ديون الشخص الاعتبارى تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه ، فلا يجوز اذن لدائنى الشخص الاعتبارى التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه ، ولا لدائنى الأعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتبارى •

ومع ذلك ، فثم أشخاص اعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التى يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة • وقد استخلص كثير

---

(١) واذا كان الأصل ان الأشخاص الاعتبارية الأجنبية تخضع لقانون الدولة التى تتخذ فيها مركز ادارتها الرئيسى الفعلى (أنظر سابقا ، هامش ٤، ص٩٢٦)، فاستثناء من ذلك تخضع للقانون المصرى اذا كانت تباشر نشاطها الرئيسى فى مصر (م ١١/٢ مدنى) •

(٢) وفضلا عن ذلك ، ففى شأن الشركات : تصبح الشركة بوصفها شخصا اعتباريا هى المالكة لكل ما يقدمه الشركاء من حصص اذ تخرج الحصص بتقديمها من ملك الشركاء . فلا يصبح للشريك اذن حق مباشر على الحصة التى قدمها وانما ينحصر حقه من مجرد المطالبة بنصيب فى الأرباح أو فى الأموال المتبقية بعد تصفية الشركة ، اى لا يصبح له أى حق عينى على هذه الحصة بل يصير صاحب حق دائنية ولذلك يعتبر حقه دائما حقا منقولا ولو كانت الحصة المقدمه منه عقارا (مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٠) •

من الفقهاء «١» من ذلك أن ذمة مثل هذه الشركات وشخصيتها لا تنفصل انفصالا تاما عن ذمة الشركاء وشخصيتهم ، وأنه ليس لهذه الشركات بالتالي الا شخصية اعتبارية ناقصة .

ولكن يبدو أنه ليس فى مسئولية الشركاء فى أموالهم الخاصة عن ديون مثل هذه الشركات ما ينتقص من شخصيتها الاعتبارية أو يطعن فى استقلالها . فمن ناحية ، ليس دقيقا بوجه عام وصف الشخصية بأنها ناقصة ، مادامت الشخصية تعبر عن مبدأ الصلاحية لوجوب أى حق أو أى التزام ، بحيث تكون منعدمة أو موجودة ولكنها لاتتصور أبدا ناقصة «٢» . ومن ناحية أخرى ، اذا كان الشركاء مسئولين فى أموالهم الخاصة عن ديون الشركة فلا يعنى ذلك اختلاط ذممهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتها ، وانما هو يعنى — ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة — أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسئولين وتعدد الذمم الضامنة

---

(١) Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, 727. — Escarra (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ١٣١ . — عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ، فقرة ١٢٠ ، ص ١٢٩ و ١٣٠ . عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ . — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧١ . — عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق فقرة ١٤٧ ، ص ٢١٩ . عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ، فقرة ١١٤ ، ص ١٦٣ و ١٦٤ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٧٠٣ و ٧٠٨ و ٧٠٩ .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٢ ، وهامش ص ٣٥٩ ، وهامش (١) ص ٣٧٩ .

لحقوقهم «(١)» . فالأمر اذن لايعدو اعتبار الشركاء ضامنين ديون الشركة ، وليس فى ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسئوليته الى مسئوليته عن وفائها ، ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة .

المطلب الخامس

نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٤٣ ـ استحالة نشاط الشخص الاعتبارى بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة اشخاص طبيعيين

اذا كان الشخص الاعتبارى يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعى بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه أنه ـ على خلافه ـ لايقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه هذا النشاط غيره من الأشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه ولحسابه فى الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتبارى تحديد ممثليه من الأشخاص الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط عن الشخص الاعتبارى فرد منفرد كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات أو الشركات أو المؤسسات أو الناظر بالنسبة للوقف . وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيا من أفراد ، مثل المجالس التشريعية ومجالس المديريات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية ومجالس الادارة .

---

(١) فى هذا المعنى :

محسن شفيق . الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ . ـ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش (٣) ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . ـ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ١٦٦ .

وقد يتعدد ممثلو الشخص الاعتبارى أو أجهزته الناشطة ، وحينئذ لامناص من توزيع الاختصاص وتقسيمه بينها، وهو ما يستلزم غالبا التفاوت بينها والتدرج فى المرتبة «(١)» •

واذا كان للشخص الاعتبارى أشخاص طبيعيون ينشطون باسمه ولحسابه ، فلا يجب أن يستخلص من ذلك أنه شخص وهمى افتراضى • فهناك كما قلنا فرق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد لشخص لايستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص الطبيعيين مثل الصغير أو المجنون ، دون أن يطعن ذلك فى وجود شخصيته أو فى حقيقتها ، فكذلك الحال فى شأن الشخص الاعتبارى •

٣٤٤ ــ مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتبــارى الذى يبــاشرون عنه نشاطه «(٢)»

اذا كان نشاط الشخص الاعتبارى لايتأتى الا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغى تحديد مركز هؤلاء بالنسبــة الى الشخص الاعتبــارى وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، اذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو المترتبة عليه •

ويصادفنا فى ذلك أولا التصوير التقليدى القائم على فكرة **الوكالة** (mandant) ، بحيث يكون الشخص الاعتبارى فى مقام الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيون فى مركز وكلائه • ولكن مثل هذا التصوير غير مقبول لقيامه على تجاهل الاختلاف المحتوم بين الشخص الاعتبارى وبين الشخص الطبيعى الذى يوكل غيره فى النشاط باسمه ولحسابه ، اذ تفترض الوكالة وجود ارادتين : ارادة الموكل وارادة الوكيل ، وهما موجودتان اذا كان كل من الموكل والوكيل شخصا طبيعيا ؛ أما من شأن الشخص الاعتبارى ،

---

(١) Michoud, op. cit., t. I, No. 64 bis.

(٢) راجع فى ذلك خاصة :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 59 et s. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1067.

فلا توجد فى الحقيقة الا ارادة من ينشط لحسابه من الأشخاص الطبيعيين ، اذ ليست للشخص الاعتبارى نفسه ارادة «١» .

ولذلك يتجه تصوير آخر الى فكرة **النيابة القانونية** (représentation légale) بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيون الذين يتولون شئون الشخص الاعتبارى فى مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول «٢» . فاذا كان الشخص الاعتبارى فى نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمى أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما واحد ومتماثل من كافة الوجوه ، ذلك أن مايفرض على الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شئونهم والنشاط باسمهم انما تمليه فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد تعمل باسم الشخص الاعتبارى ولحسابه انما يفرض بقوة الأشياء نتيجة مايلازم الشخص الاعتبارى من استحالة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه «٣» ، ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعى أن يكون نشاط الشخص الاعتبارى بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصها من الأفراد بواسطة غيره الا مجرد استثناء بحت وموقوت . وفضلا عن ذلك ، فان سلطات الأشخاص الطبيعيين فى تمثيل الشخص الاعتبارى وتولى شئونه تجاوز فى اتساعها نطاق فكرة النيابة القانونية المحدود .

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 1067, p. 1287.

وقرب من ذلك :

Michoud, op. cit., t. I, No. 59, p. 132.

(٢) أنظر كذلك فى انتقاد هذا التصوير :

Michoud, op. cit., No. 59, p. 133. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 93 bis.

(٣) فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 908, p. 726.

وأخيرا يبدو أن جمهورا كبيرا من الفقه الحديث «١» يتجه الى تأييد نظرية راجت فى الفقه الألمانى فى هذا الصدد هى **نظرية « الجهاز او الاداة »** (théorie de l'organe) . ومقتضاها أن الشخص الاعتبارى لايتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه فى الحياة القانونية، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لايتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلــة عنه ، فهى فى الواقع بمثابة جسمه القانونى (corps juridique) يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعى عضوا من أعضاء جسمه كفمه أو يده «٢» ؛ ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتبارى نفسه . وبذلك يستبين الفارق بين صفة النائب فى النظريتين السابقتين وبين صفة الجهاز فى هذه النظرية ، فصفة النائب سواء كان نائبا اتفاقيا أو قانونيا انما تتولد من الارادة أو من القانون ، بينما تتأتى صفة الجهاز من ذات تكوين الشخص الاعتبارى . وكذلك فأعمال النائب هى أعماله الخاصة وان كانت تنتج أثرها فى حق الأصيل ، بينما عمل الجهاز هو فى الحقيقة عمل الشخص الاعتبارى نفسه وينتج بالتالى أثره فى حق الشخص الاعتبارى على هذا الأساس أى بطريق الأصالة لا بطريق النيابة.

واذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وأكثر توفيقا منهما فى تأصيل مسئولية الشخص الاعتبارى نفسه مسؤلية شخصية ومباشرة ؛ فيعيبها — رغم ذلك — أنها ليست الاصدى

---

(١) انظر خاصة :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 60-64. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 93 bis. — Mazeaud (H. et L.), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e éd., Nos. 1985, 1986. — Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I, 1939, No. 207. — Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1067, p. 1288.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٧ — عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 60, p. 134.

للنظريات العضوية أو الحيوية «١» غير المقبولة التى تحاول التماس تطابق وتماثل تام فى التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى الى حد اعتبار الأجهزة بالنسبة الى الشخص الاعتبارى كأعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانسانى «٢» •

والذى يبدو لنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر فى محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانسانى لتفسير نشاط الشخص الاعتبارى ومركز القائمين به من الأفراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة تكوين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى • ولذلك ينبغى النظر فى هذا الشأن الى الشخص الاعتبارى نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه ، ومجردة عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعى •

واذا كان الشخص الاعتبارى لايتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذى تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين — وليس الشخص الاعتبارى

---

(١) فى هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 262.

(٢) ولذلك فبعض من يقبل هذه النظرية من الفقهاء انما يقبلها بتحفظ ، كالفقيه الفرنسى « ميشو » . اذ يرى أنه اذا كان هناك شبه بين الأجهزة البدنية للشخص الطبيعى وأجهزة الشخص الاعتبارى ، فلا تماثل كامل بينهما . فالشخص الطبيعى نفسه هو الذى يتوافر على الارادة والوعى ، وليست أجهزته الا اداة سلبية ، اذ لا قيمة لها منفصلة عن هذا الشخص لأنها تكون حينئذ مجرد مادة جامدة (matière inerte) . أما أجهزة الشخص الاعتبارى ، فهى كائنات حية تتوافر بنفسها ولحسابها على الوعى والارادة ، ولذلك اذا لم تكن أشخاصا بوصفها أجهزة ، فهى أشخاص بوصفها أفرادا ويظل لها هذا الوصف اذا انفصلت عن الشخص الاعتبارى لأنها مستقلة به عنه (انظر :

Michoud, op. cit., t. I, No. 63).

نفسه — هم الذين يقومون بكل نشاطه ؛ وليس فى ذلك — كما سبق البيان — مايطعن فى شخصية الشخص الاعتبارى ، لأن ثبوت الشخصية لشخص معين لايمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعو اذن الى ما تدعيـه خاصـة نظرية « الجهاز » من تلاشى هؤلاء الأشخاص الطبيعيين فى الشخص الاعتبارى كأجزاء لاتتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه كأعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانسانى .

ولكن اذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط لا الشخص الاعتبارى ، فلا يعنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هى تنصرف اليه وحده . وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى نظرية الجهاز ، فقد سبق أن رفضنا منطقها فى هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية خاصة قد تبدو أقرب الأفكار لتفسير انصراف آثار هذا النشاط اليه ، فهى قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص الاعتبـارى عن وضع الأفراد عديمى الأهليـة أو ناقصيها ، وعدم اتسـاع هذه الفكرة بحسب الأصل الا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية . ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعـة الشخص الاعتبارى المختلفة عن طبيعة الفرد الانسانى وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى . فطبيعة الشخص الاعتبارى تجعل مستحيلا نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط فى صورة أعمال مادية أو فى صورة تصرفات قانونية ، وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص الاعتبارى وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء ؛ وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الاعتبارى الذى يمثلونه لالحسابهم الخاص ، ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل آثار هذا النشاط ومايولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكرة التمثيل اذن فى شأن الشخص الاعتبارى تقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعتبارى كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام الى عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا ؛ اذ هى مفروضه بقوة الأشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتبارى كأصل دائم تدوم مادامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقوت أو عارض طارىء ؛ وهى تستوعب بالتالى حتما كل مايحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط أيا كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التى تقتصر على بعض نواحى النشاط دون بعض وتتركز أصلا فى التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتبارى بكونهم ممثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام ، فى كل مايحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه ، لا بوصفهم أجزاء لاتتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز ، وانما بوصفهم أشخاصا ذوى شخصية وكيان،وان كانوا لايباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص، ولكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط اليه وحده. ولذلك فأعمال وتصرفات هؤلاء الأشخاص اذا كانت فى الحقيقة هى أعمالهم وتصرفاتهم لا أعمال وتصرفات الشخص الاعتبارى نفسه ، الا أن نتيجتها من ترتب حقوق والتزامات انما تتحقق فى جانبه لا فى جانبهم كما لو كان هو القائم بنفسه بمثل هذه الأعمال والتصرفات ، لأن قيامهم بها انما كان على سبيل تمثيله ولحسابه .

٣٤٥ ـ اهلية الأداء والشخص الاعتبارى

اذا كان مركز الأشخاص الطبيعيين بالنسبة الى الشخص الاعتبارى الذى يتولون عنه نشاطه هو مارأينا ، فيبدو أن من التجوز مسايرة المشرع

المصرى فى قوله ان الشخص الاعتبارى « له نائب يعبر عن ارادته » (م ٣/٥٣) »[1] . فمثل هذا القول قد يوافق نظرية الجهاز فى اعتبار أجهزة الشخص الاعتبارى جزءا لايتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلة عنه ، بحيث يكون عملها أو نشاطها هو عمله أو نشاطه هو ، وارادة أفرادها هى ارادته هو . ولكن وجوب رفض هذا الاغراق الصارخ فى تشبيه الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى واهدار كيان وشخصية الأشخاص الطبيعيين المتولين نشاط الشخص الاعتبارى الى حد اعتبارهم أدوات سلبية كأعضاء الجسم الانسانى ، وضرورة الاعتراف لهم بكيانهم المستقل وكونهم مجرد ممثلين لازمين للقيام عن الشخص الاعتبارى بما يحتاجه من نشاط ، يحتم النظر الى هذا النشاط على حقيقته من كونه هو نشاطهم هم وان كانت آثاره تنصرف الى الشخص الاعتبارى الذى يمثلونه ، والقول بالتالى ان التصرفات القانونية المندرجة تحت هذا النشاط اذا كانت تستلزم ارادة لمباشرتها فهى فى الواقع ارادة هؤلاء الأشخاص وليست ارادة الشخص الاعتبارى الذى لاتتصور له ارادة حقيقية . ولا يطعن فى ذلك أن ارادة هؤلاء الأشخاص محكومة بأغراض الشخص الاعتبارى ونظامه ، اذ لاتصبح مع ذلك هى ارادته وهو غير ذى ارادة بحكم طبيعته وتكوينه ، وانما هى ارادتهم المسخرة لخدمته وتحقيق أغراضه .

ولكن ليس معنى ذلك أن أهلية الأداء تكون معدومة عند الشخص الاعتبارى على غرار الصغير غير المميز أو المجنون من الأفراد . فقد ينبغى أخذ أهلية الأداء فى شأن الشخص الاعتبارى بمعنى يتفق مع طبيعته دون تقيد حرفى بمعناها فى شأن الشخص الطبيعى مادام الاختلاف محتوما بين

---

(١) انظر كذلك فى انتقاد هذا التعبير :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ١١٤ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢٣٣ .

طبيعتيهما «[١]» . اذ أنه كان مفهوما فى شأن الشخص الطبيعى اناطة أهلية الأداء بتوافر الارادة عند من يباشر التصرف القانونى لحساب نفسه لتفاوت الأشخاص الطبيعيين فى انعدام أو نقص أو اكتمال الارادة ، فليس ذلك مفهومافىشأن الشخص الاعتبارى الذى لايتوافر — على اختلاف أنواعه — على ارادة بحكم طبيعته نفسها . ولذلك يجب أن تحمل أهلية الأداء فى شأن الشخص الاعتبارى على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ؛ فيكون القصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادى المعترف به للشخص الاعتبارى لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده هو لأنه بحكم طبيعته لاتتصور له ارادة ، اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لخدمته هى ارادة ممثليه . ولذلك اذا أمكن القول بثبوت أهلية أداء للشخص الاعتبارى «[٢]» فيجب حمل ذلك على هذا المعنى ، لا على المعنى الذى يحمله له البعض «[٣]» من توافر الشخص الاعتبارى نفسه على الارادة .

٣٤٦ — مسئولية الشخص الاعتبارى

اذا كان ممثلو الشخص الاعتبارى من الأشخاص الطبيعيين يقومون بالنشاط لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدى مسئوليته هو عن هذا النشاط

---

(١) قريب من ذلك :
عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ .

(٢) يذهب بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٤٦ ، سليمان مرقس ، فقرة ٢٥٠) الى وصف بعض الأشخاص المعنوية بأنها ناقصةأهلية الأداء اذا كان نشاطها الارادىعن طريق ممثليهاخاضعا لرقابة معينة ، كخضوع السلطات الادارية اللامركزية لما يسمى « الوصاية الادارية » . ولكن يبدو أن بين الوصاية الادارية على الشخص المعنوى بوجه عام والوصاية المدنية على عديمى الأهلية وناقصيها من الأفراد من الاختلاف الكبير مايوجب التمييز بينهما (فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., No. 1068.
— محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى المصرى والمقارن، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨، ص ٢٠٢ و ٢٠٣) ، وما يحمل على التردد فى اعتبار الأشخاص المعنوية الخاضعة لمثل هذه الرقابة ناقصة أهلية الأداء .

(٣) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

(ا) المسئولية المدنية «١» : اذا كان مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته قد أصبح اليوم أمر مسلما مستقرا ، خاصة وأن أثر هذه المسئولية مما يصلح انصرافه الى الشخص الاعتبارى لأنه يقع أساسا فى ماله ، الا أن الخلاف مايزال قائما حول تأسيس هذه المسئولية وتأصيلها .

فيذهب بعض الفقهاء «٢» ممن يؤمنون بضرورة تأسيس المسئولية بوجه عام على فكرة الخطأ الى محاولة رد مسئولية الشخص الاعتبارى عن أفعال ممثليه الى خطأ ذاتى ينسب اليه مباشرة . وهم يعتمدون فى ذلك أساسا على نظرية الجهاز . اذ مادامت أجهزة الشخص الاعتبارى لا كيان مستقل لها بذاتها بل هى أجزاء لاتتجزأ منه ، فلا يتأتى اذن نسبة الخطأ اليها بل يكون هذا الخطأ فى الواقع هو خطأ الشخص الاعتبارى وحده . وهذا هو نفس الوضع تماما فى شأن الشخص الطبيعى ، اذ رغم أن الخطأ يتأتى بفعل عضو من أعضاء جسمه ، الا أنه لايتصور نسبة الخطأ الى هذا العضو وانما ينسب الى الشخص نفسه مادام أن العضو جزء لايتجزأ منه . ولكن اذا كانت هذه النظرية تيسر من الناحية العملية تأصيل مسئولية

---

(١) راجع فى ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 322-339; 663 - 366 — Michoud, op. cit., t. II, Nos. 266-278. — Demogue, Traité des obligations en général, t. III, Nos. 341-364. — Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, No. 1982-1988. — Stark, thèse précitée, p. 250 et s. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. II, No. 314. — Waline, op. cit., pp. 173-175. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, No. 973. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1067, pp. 1288, 1289.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤١ و ٦٢١ . — عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .

(٢) Michoud, op. cit., t. II, Nos. 274, 275. — Mazeaud, op. cit., t. II, Nos. 1985, 1986. — Savatier, op. cit., t. I, No. 207. — Planiol, Ribert et Savatier, op. cit., t. I, No. 93 bis.

الشخص الاعتبارى واعتبارها مسئولية ذاتية مبنية على خطأ مباشر من جانب هذا الشخص مما يدعو بعض الفقهاء «١» الى تأييدها، الا أنها تقوم على أساس مصطنع من تشبيه الشخص الاعتبارى من حيث تكوينه بالشخص الطبيعى رغم ما بينهما من اختلاف طبيعى محتوم فى ذلك «٢» ، مما يجعل فى الواقع من الخطأ المنسوب الى الشخص الاعتبارى مجرد افتراض بحت . هذا فضلا عما يتفرع عن تأسيس مسئولية الشخص الاعتبارى على هذا النحو من تفرقة مشكوك فى جديتها ووجاهتها وفائدتها بين الأجهزة التى يعتبر خطؤها هو خطأ الشخص الاعتبارى نفسه وبين التابعين (Les préposés) الذين يسأل الشخص الاعتبارى عن أخطائهم مسئولية غير مباشرة على أساس مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه «٣» . وكذلك فان تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى مسئولية مباشرة عن خطأ ذاتى من جانبه على النحو ، معناه عدم تحقيق أية مسئولية فى جانب مرتكبيه الفعليين من أفراد أجهزته رغم مالهم من ارادة وشخصية مستقلة «٤» .

ولذلك يتجه بعض آخر من الفقهاء الى استبعاد الخطأ أساسا لمسئولية الشخص الاعتبارى ، ولكنهم يختلفون بعد ذلك فى الأساس الذى تقام عليه هذه المسئولية .

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., No. 1067.

عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٣٧ و ٩٣٨ .

(٣) أنظر خاصة فى انتقاد هذه التفرقة :

Starck, thèse précitée, pp. 263-267.

(٤) فى هذا المعنى :

Waline, op. cit., p. 174.

فمنهم من يؤسسها على فكرة تحمل تبعة المخاطر «١» ، ومقتضاها أن من يفيد من نشاط معين يجب أن يتحمل بتبعاته ومخاطره ، اذ الغرم بالغنم ، ومادام الشخص الاعتبارى هو الذى يفيد من نشاط ممثليه فيجب كذلك أن يتحمل بما قد يجره هذا النشاط من التزامات ومسئوليات . ولكن هذه الفكرة ليست بالأساس المقبول للمسئولية بوجه عام «٢» . وهى فى شأن مسئولية الشخص الاعتبارى ليست أكثر توفيقا ، اذ مقتضاها عدم استلزام خطأ فى جانب ممثلى الشخص الاعتبارى ، بينما السائد هو تعليق مسئولية الشخص الاعتبارى على ثبوت مثل هذا الخطأ «٣» .

وقريب من ذلك مايذهب اليه بعض الفقهاء من تأسيس مسئولية الشخص الاعتبارى على فكرة الضمان (La garantie) «٤» . ذلك أن الشخص الاعتبارى يقع عليه — كأى شخص — التزام بانيقظة وعدم الخروج فى نشاطه عن مقتضى السلوك العادى ، بحيث يظل ملتزما وضامنا للوفاء به حتى ولو عهد بتنفيذه الى آخرين ممن يتولون عنه نشاطه ، اذ لايجب أن يكون تولى شخص آخر نشاطه ومراعاة التزاماته سببا فى اعفائه من آثار الاخلال بها أو فى اهدار ما للمضرور نتيجة هذا الاخلال من حق فى الضمان «٥» ، والا كان من اليسير على من يريد التهرب من المسئولية عن نشاط معين أن يعهد بالقيام به الى الغير «٦» . وبذلك ينتهى هذا الرأى الى تشبيه مسئولية الشخص الاعتبارى عن أعمال ممثليه أو ردها الى

(١) Demogue, op. cit., t. III, Nos. 344, 351. — Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 4e éd., 1949, Nos. 840, 844.

(٢) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 82, 83, 336-364.

(٣) انظر فى انتقاد تأسيس مسئولية الشخص الاعتبارى على فكرة تحمل المخاطر :

Starck, thèse, précitée, pp. 253, 254.

(٤) انظر فى ذلك خاصة :

Starck, thèse précitée, pp. 258-268.

(٥) Starck, thèse précitée, p. 259.

(٦) Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 501.

مسئولية المتبوع عن أفعال تابعيه«[١]» . ولكن هذا الرأى لايضع يده على حقيقة المشكلة من تحديد العلاقة بين الشخص الاعتبارى وبين ممثليه ، وهى بالضرورة ـ نظرا الى طبيعة تكوين الشخص الاعتبارى ـ علاقة خاصة مختلفة عن العلاقة بين شخصين طبيعيين يتولى أحدهما شئون الآخر عن طريق النيابة أو عن طريق الخضوع والتبعية ، مما يجعل لممثلى الشخص الاعتبارى مركزا خاصا مستقلا يجب الإعتماد عليه أساسا فى تكييف وتأصيل مسئولية هذا الشخص عن أفعالهم .

والبصر بطبيعة الشخص الاعتبارى وكونه مستحيلا عليه مباشرة أى نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشخاص الطبيعيين ، وما يولده ذلك من الحاجة فى تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله الى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هى فكرة التمثيل «[٢]» تستوعب فى اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط سواء عن طريق الأعمال المادية أو التصرفات القانونية وتصرف أثر هذه الأعمال والتصرفات جميعا الى الشخص الاعتبارى رغم صدورها عن ممثليه ، يجعل فى الامكان الاستناد الى هذه الفكرة لتحميل الشخص الاعتبارى بالمسئولية المدنية عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه «[٣]» . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورها عن الشخص الاعتبارى مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأى نشاط ، ورغم صدورها فعلا عن ممثليه من الأفراد ، يجب أن تنصرف اليه وحده آثارها ولا تنصرف اليهم «[٤]» ، ماداموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو بمناسبة النشاط

---

(١) Planiol, Ripert et Esmein, ibid. — Starck, thèse précitée, pp. 266-268.

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٣٩ و ٩٤٠ .

(٣) قارب : Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, No. 973

(٤) ومع ذلك، يذهب التقنين المدنى السويسرى فى المادة ٥٥ منه الى عدم الاكتفاء بمسئولية الشخص الاعتبارى عما يرتكبه ممثلوه بوصفهم هذا من أخطاء فيعززها كذلك بمسئولية الممثلين الشخصية ، رغم أن صدر هذه المادة يشعر بأخذ هذا التقنين بفكرة تمثيل الشخص الاعتبارى فى التصرفات القانونية والأعمال المادية على السواء، مما كان يوجب صرف المسئولية عن أخطاء الممثلين ـ مادامت فى نطاق التمثيل ـ الى الشخص الاعتبارى وحده دون ممثليه .

لحساب الشخص الاعتبارى وفى حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط «١» ، اذ مقتضى فكرة التمثيل صرف آثار مايقوم به الممثلون من أعمال مادية وتصرفات قانونية متعلقة بهذا النشاط الى الشخص الاعتبارى الذى يمثلونه ، فكما تترتب له حقوق وعليه التزامات نتيجة مايباشرون لحسابه من تصرفات وعقود ، كذلك يلتزم بالمسئولية عما يصدر منهم لحسابه من أعمال مادية غير مشروعة ، ماداموا يمثلونه فى كل ذلك ، أى مادامت هذه التصرفات وتلك الأعمال متعلقة بنشاطه وفى حدود تمثيله .

وعلى أى حال ، فاذا كانت مشكلة مسئولية الشخص الاعتبارى ليست بالمشكلة التى يغنى فى حلها الاكتفاء باخضاعها لنفس قواعد مسئولية الشخص الطبيعى بالنظر الى اختلاف الطبيعة بين الشخصين كما تقدم ، فقد ينبغى على المشرع المصرى مسايرة بعض الشرائع الحديثة «٢» فى افراد نص خاص لمسئولية الشخص الاعتبارى عن أعمال ممثليه المادية أو أخطائه . ولعله يعنى فى ذلك ببيان حدود هذه المسئولية ، والتوجيه الى أساسها ، والتمييز بينها وبين مسئولية الممثلين الشخصية . بل ليته يقرر قاعدة عامة — دون اقتصار على مشكلة المسئولية — تأخذ بفكرة التمثيل ، المستمدة

---

(١) وأما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتمثيل من الأخطاء فلا ينصرف أثره الى الشخص الاعتبارى بل الى ذات مرتكبيه من افراد ممثليه ، فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسئولية عن اخطائهم الشخصية دون ان يتحملها الشخص الاعتبارى . ولعل الفصل بين ما يتحمله الشخص الاعتبارى من مسئولية عن اخطاء ممثليه وبين ما يتحمله هؤلاء الممثلون من مسئولية عن اخطائهم الشخصية على هذا النحو ، هو أصل وأساس التفرقة المعروفة فى المسئولية الادارية بين « الخطأ المرفقى » (La faute de service) الذى تتحمل به الادارة وبين « الخطأ الشخصى » (La faute personnelle) الذى يتحمل به عمالها .

انظر فى الفصل بين مسئولية الشخص الاعتبارى ومسئوليه ممثليه ومقارنته بالتفرقة القائمة فى المسئولية الادارية :

Waline, op. cit., p. 175. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1067, p. 1289.

(٢) انظر فى ذلك نص المادة ٣١ من التقنين المدنى الألمانى الذى يقرر مسئولية الجمعية بقوله :

« L'association est responsable du dommage que la direction, un membre

=

من طبيعة الشخص الاعتباري وكيفية مباشرة نشاطه ، لصرف أثر نشـاط الممثلين الارادى والمادى على السواء الى الشخص الاعتبارى •

(٢) المسئولية الجنائية (١) : اذا كان مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا مقررا ومسلما رغم الخلاف على تأصيله ، فعلى نقيض ذلك ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا • ويؤيد جمهور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الارادة عند المسئول ولا ارادة للشخص الاعتبارى ، وأن فى تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم

---

de la direction ou tout autre représentant institué conformément aux statuts, a pu causer à un tiers par un fait accompli dans l'exécution des opérations qui lui reviennent et obligent à réparation du dommage ».

وتعمم المادة ٨٩ من هذا التقنين هذا الحكم على غير الجمعية من اشخاص القانون الخاص والعام .

(راجع فى مسئولية الشخص الاعتبارى فى القانون الالمانى :

Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand, 3e éd., 1925, No. 320, pp. 390-396. — Demogue, op. cit., t. III, No. 362).

وانظر كذلك نص المادة ٥٥ من التقنين المدنى السويسرى التى سلفت الاشارة اليها ، والذى يقرر مسئولية الشخص الاعتبارى بقوله :

« Ceux-ci (les organes) obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits. Les fautes commises engagent du surplus la responsabilité personnelle de leurs auteurs ».

انظر فى هذه المسئولية فى القانون السويسرى :

Demogue, op. cit., t. III, No. 363.

(١) راجع فى ذلك :

Saleilles, op. cit., pp. 645 et s. — Michoud, op. cit., t. II, Nos. 279-287. — De Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., 1947, Nos. 262-265.

السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٤٧—٣٥٣ . ــ محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٣٥ . ــ مصطفى كمال طه، المرجع السابق ، فقرة ٢٧٦ . ــ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤١ .

هو مبدأ شخصية العقاب ، فضلا عن استحالة تصور توقيع أغلب العقوبات الجنائية ــ كالعقوبات الجسمانية أو البدنية ــ على الشخص الاعتبارى .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لاتنصب على مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا من حيث المبدأ بقدر ماتنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسئولية الخاصة بالأفراد أصلا على الأشخاص الاعتبارية . والدليل على هذا أن الفقه الرافض لمبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا يتقبل ، رغم ذلك ، مسئوليته عن بعض جرائم ممثليه ، اذا كانت عقوباتها مما يتفق مع طبيعة الشخص الاعتبارى كالغرامة والمصادرة . بل ونجد فى نصوص التشريع أحيانا تقريرا صريحا للمسئولية الجنائية للشخص الاعتبارى فى بعض الحالات «١» ؛ ولئن كانت هذه الحالات قليلة مما توصف معه المسئولية الجنائية للشخص الاعتبارى فيها بأنها مجرد استثناء وخروج على الأصل «٢» ، الا أنها تكشف عن صلاحية الشخص الاعتبارى من حيث المبدأ للمساءلة الجنائية .

والواقع أنه مادام مسلما مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا عن أفعال ممثليه رغم انعدام ارادته ، فليس مايمنع منطقا من تصور مسئوليته جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه ؛ وفى نفس فكرة تمثيل الشخص الاعتبارى فى النشاط الارادى والمادى معا ، مايسمح باسناد مسئوليته الجنائية كمسئوليته المدنية على السواء «٣» . وتبقى بعد ذلك مشكلة تحديد مايتحمل به الشخص الاعتبارى من عقوبات نتيجة مسئوليته الجنائية، وظاهر استحالة معاقبته بكل أنواع العقوبات المعروفة لأن

---

(١) كبعض نصوص القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم التى تجعل الشركة نفسها محلا لتوقيع غرامة مستقلة عن عقوبة كل من العضو المنتدب للادارة او المدير فيها (السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ، ص ٣٥٢ و ٣٥٣).

(٢) السعيد مصطفى السعيد ، ص ٣٥٣ .

(٣) قارن :

Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, Nos. 35, 44, pp. 762, 763.

من بينها عقوبات لاتتصور الا فى شأن الانسان ، فينبغى اذن التماس عقوبات خاصة متفقة مع طبيعة الشخص الاعتبارى ــ سواء كانت مشتركة بينه وبين الشخص الطبيعى أو مقصورة عليه وحده دونه ــ كعقوبة الغرامة والمصادرة والحل والاغلاق .

ولذلك نؤيد الرأى الداعى الى تقرير مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا «[1]» ، وندعو المشرع المصرى الى تقرير هذه المسئولية صراحة وبوجه عام مع اختيار مايلائم طبيعة الشخص الاعتبارى من عقوبات «[2]» .

٣٤٧ ــ مبدا التخصص واثره فى تقييد نشاط الشخص الاعتبارى

اذا كان مبدأ التخصص ــ كما رأينا «[3]» ــ يقوم على أساس من حقيقة الشخصية الاعتبارية ويحد من مدى أهلية وجوب الشخص الاعتبارى فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات فى نطاق الغرض المحدد الذى يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتبارى ــ الذى يتولاه عنه ممثلوه ــ فيركز نشاطه فى هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض ؛ وقد عبر المشرع المصرى عن هذا المبدأ صراحة فى شأن الجمعيات بنصه على أنه « لا يجوز للجمعية أن تجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله» (م١٦ من القانون رقم ٣٨٤

---

(١) انظر من انصار هذا الراى :
Saleilles, op. cit., pp. 647 et s. — De Vabres, op. cit., Nos. 262, 263. — Coulombel, ibid.

(٢) وهو ما تاخذ به بعض تشريعات اجنبية قليلة ، انظر فى ذلك :
De Vabres, op. cit., No. 265.
محمود مصطفى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٣٥ ، ص ٤٤٧ .
ويبدو أن المشرع المصرى قد ابتدأ اخيرا خطوه فعلا فى هذا الطريق بخطوة أن لم تكن شاملة فهى فى الاقل بداية جزئية طيبة . اذ ينص القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، فى صدد بعض الجرائم التى يعينها ، على امكان الحكم بغلق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها او احدها لمدة محددة أو غير محددة (م ٧٤) . ولكن يراعى أن الحكم على الجمعية او المؤسسة بهذه العقوبات ، لايجب عقوبة ممثليها من اعضاء مجلس الادارة أو المديرين ولايمنع من مسئوليتهم جنائيا عن نفس الجرائم (م ٧٣) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٩١٧-٩١٩ .

لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة)• وبذلك يولد هذا المبدأ أثرين مرتبطين متكاملين : تحديد صلاحية الشخص الاعتبارى للوجوب له وعليه بما لايخرج عن نطاق غرضه ، واستبعاد كل نشاط يجاوز هذا الغرض منعا لأن يصير الشخص الاعتبارى صاحبا لحقوق والتزامات غير متعلقة بغرضه الأصيل ؛ أى أن مبدأ التخصص يضيق من نطاق أهلية وجوب الشخص الاعتبارى ومن نطاق نشاطه على السواء •

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ، ضرورة التزام كل شخص اعتبارى فى نشاطه حدود التخصص القانونى والنظامى ، أى حدود غرضه العام المحدد بالقانون وفق الطائفة التى ينتمى اليها وحدود غرضه الخاص المحدد بنظامه داخل غرضه العام «١» • فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، أو الدخول فى مضاربات مالية «٢» ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط سياسى ؛ ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تتخصص فى انتاج أفلام سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية أو الى استخراج البترول أو المواد المعدنية ؛ ولا يجوز لمؤسسة أن تقوم بأعمال تجارية أو نشاط سياسى ، ولا لمؤسسة لرعاية الأيتام من الأطفال أن تتولى كذلك رعاية الفقراء أو المرضى أو العجزة •

ولكن اذا كان مبدأ التخصص يقيد ويضيق من نطاق نشاط الشخص الاعتبارى على هذا النحو ، فينبغى — رغم ذلك — عدم المبالغة فى اطلاق هذا المبدأ ، بل يجب أخذه وتفسيره تفسيرا واسعا لايتقيد بحدود حرفيته «٣» • اذ كثيرا ماتتجمع حول الغرض الأصلى الأساسى للشخص

---

(١) راجع سابقا ، ص ٩١٩ و ٩٢٠ •

(٢) م ١٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة •

(٣) فى هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 643, 644. — Michoud, op. cit., t. II, No. 252. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 254, p. 270.

وانظر سابقا ، هامش (٢) ص ٩١٩ •

الاعتبارى أغراض أخرى ثانوية لاتتعارض معه ، بل لعلها أن تكون من مستلزماته أو بعض آثاره أو من مكملاته «[١]» ، فلا حرج على الشخص الاعتبارى من النشاط كذلك فى حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بغرضه الأصلى ، كالشركة الصناعية التى تنشىء مصحا لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، وكالجمعية الخيرية التى تطرح أوراقا للنصيب لزيادة مواردها ؛ اذ هذه الأغراض الثانوية متفرعة على الغرض الأصلى أو موجهة لخدمته .

واذا كان نشاط الشخص الاعتبارى محكوما ومقيدا بمبدأ التخصص، فان الخروج على هذا المبدأ يستتبع جزاءات معينة «[٢]» . قد تكون جزاءات جنائية تصيب ممثلى الشخص الاعتبارى «[٣]» ؛ وقد تصيب الشخص الاعتبارى نفسه «[٤]» وتصل من ذلك أحيانا الى ما يشبه الحكم باعدامه عن طريق الحكم بحله«[٥]» . وقد تكون جزءات ادارية توقعها السلطة الادارية المختصة بعزل ممثلى الشخص الاعتبارى الذين يخالفون مبدأ

---

(١) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

(٢) راجع ، خاصة ، فى جزاءات مبدأ التخصص .
Michoud, op. cit., t. II, Nos. 253-259. — Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, Nos. 37-41, pp. 762, 763. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 1059.

(٣) كنص المادة ٣/٧١ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أن « يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة اشهر وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين ... كل من باشر نشاطا للجمعية أو للمؤسسة يجاوز الغرض الذى انشئت من أجله ، أو انفق اموالها فيما لايحقق هذا الغرض ، او دخل بأموالها فى مضاربات مالية » .

(٤) كنص المادة ٧٤ من القانون سالف الذكر على أن « للقاضى أن يحكم باغلاق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها أو أحدها لمدة محددة أو غير محددة ... » .

(٥) كنص المادتين ٣٦ و ٦٩ على جواز حل الجمعية أو المؤسسة بحكم من المحكمة الابتدائية التابع لها مركزها ، متى خصصت اموالها أو ارباح اموالها لاغراض غير التى انشئت من اجلها .

التخصص «[١]» . وأما من الناحية المـدنيـة ، فظاهر أن البطلان «[٢]» هو جزاء القـرارات أو التصرفات الصـادرة على خـلاف غرض الشخص الاعتبارى «[٣]»،دون اخلال بمسئولية مصدريها قبل الشخص الاعتبارى«[٤]». بل ويمكن القول كذلك بانكار الشخصية على الشخص الاعتبارى فى خصوص ما يقوم به من نشاط مجاوز لغرضه وتخصصه ، مادام لم يتخذ الشكل المميز والمتفق مع هذا النشاط الخارج عن نشاطه الأصلى «[٥]» .

المطلب السادس

انقضـاء الشخصية الاعتبارية «[٦]»

٣٤٨ ـ اسباب الانقضاء

اذا كان الشخص الاعتبارى أطول حياة عادة من الشخص الطبيعى

---

(١) كنص المادة ٦٧ من القانون سالف الذكر على اعطاء الجهة الادارية المختصة سلطة عزل مديرى المؤسسة « الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لايتفق مع اغراضها أو قصد منشئها » .

(٢) انظر مع ذلك فى الخلاف حول تعميم البطلان على مخالفة التخصص القانونى والنظامى معا ، أو قصره على حالات مخالفة التخصص القانونى وحدها والاكتفاء فى حالات مخالفة التخصص النظامى بمسئولية الممثلين المرتكبين لهذه المخالفة :

Coulombel, Dalloz, op. cit., t. III, Nos. 40, 41, p. 763. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1059, p. 1282.

(٣) والأصل أن الابطال يتقرر بحكم من المحكمة (م ٣٤ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) ، ولكنه قد يتقرر استثناء بقرار من الجهة الادارية المختصة كما فى شأن المؤسسة فى القانون المصرى (م ٦٨ من القانون سالف الذكر) .

(٤) انظر فى المسئولية المدنية لاعضاء مجلس ادارة شركات المساهمة : مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ وما بعدها .

(٥) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 86. — Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 40, p. 762. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1059, p. 1281.

(٦) راجع فى ذلك خاصة :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 333-395. — Capitant, op. cit., Nos. 176-183. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 94, 95. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 1054.

وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيمته وامتيازه ، الا أنه ليس معنى ذلك أنه مخلد لايدركه الفناء، بل هناك من الأسباب الكثيرة ـ المتفقه وطبيعته ـ مايقضى عليه وينهى شخصيته .

فهو ينقضى انقضاء طبيعيا بانتهاء الأجل المحدد له ان وجد مثل هذا التحديد، أو باستنفاد الغرض الذى وجد من أجله بتحققه كاملا أو باستحالة هذا التحقيق، أو بموت كل الأفراد من أعضائه اذا كان جماعة من الأشخاص «١»، أو انقراض كل المنتفعين بغرضه اذا كان مجموعة من المال «٢» ؛ أو بتضاؤل أعضائه فى جماعات الأشخاص الى عضو واحد «٣» ، أو الى عدد من الأعضاء أقل من الحد الأدنى الواجب توافره «٤» .

وكذلك ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختياريا «٥» ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما

---

(١) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتبارى ، وذلك حيث يغلب الاعتبار الشخصى فى تكوينه كشركة التضامن . ولكن الانقضاء لموت الشريك المتضامن ـ ولغيره من الأسباب المشابهة كالحجر عليه أو اعساره أو افلاسه ـ ليس انقضاء محتوما ، فيجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك ، او استمرارها فيما بين الباقين من الشركاء (م ٥٢٨ مدنى) [انظر فى ذلك : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٣٥٤–٣٥٦ و ٣٥٨–٣٦٤] .

(٢) كما لو كان الشخص الاعتبارى مؤسسة عائلية ولم يتبق فرد من أفراد العائلة (انظر : Michoud, op. cit., No. 342, p. 391) .

(٣) أنظر مع ذلك فيما كان مستقرا الى قريب فى القانون الفرنسى من تقليد عكسى ترجع جذوره الى بعض النصوص الرومانية والآراء الكنسية : Michoud, op. cit., No. 337.

(٤) كانقضاء شركة المساهمة فى القانون المصرى اذا هبط عدد الشركاء الى أقل من سبعة (مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٦٢٨) .

(٥) انظر فى تحويل الشخص الاعتبارى ، الذى يكثر فى شأن الشركات وان لم يكن قاصرا عليها ، عن طريق تغيير الغرض ، أو تغيير الجنسية ، او تغيير الشكل بتحويل شركة تضامن مثلا الى شركة توصية بسيطة او شركة توصية بالأسهم الى شركة مساهمة ؛ وفى تفاوت اثر هذا التحويل ، على حسب الأحوال ، بين الابقاء على الشخص الاعتبارى ، وبين انهائه ـ وهو ما يعد من قبيل الانقضاء الاختيارى ـ وانشاء شخص اعتبارى جديد بدلا عنه :
Escarra, Manuel de droit commercial, 1947, No. 911. — Coulombel, Dalloz, op. cit., No. 17, p. 761.
مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦٧ .

بالأغلبية المحددة فى القانون أو النظام «١» والتى تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل «٢» .

وقد يكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بالغاء طائفة بعينها من طوائف الشخص الاعتبارى بصفة عامة «٣»، أو بالغاء شخص اعتبارى معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية بسحب الترخيص السابق اعطاؤه منها لقيام أحد الأشخاص الاعتبارية ، أو فى غير ذلك من الأحوال اذا وجد من الأسباب مايبرر الحل . أو من السلطة القضائية بحكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتبارى معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والاداب«٤»،أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك«٥». ولكن ينبغى أن يراعى أن اعطاء السلطة الادارية حق حل وانهاء الشخص الاعتبارى لم يعد يقصد به اعطاؤها سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة مقيدة بأسباب محددة مقدما تبرر الحل ، فضلا عن أن حقها فى الحل انتهى به التطور الى أن يصير حقا استثنائيا عندما أصبحت السلطة القضائية اليوم هى السلطة الأصيلة التى تملك حل شخص اعتبارى معين حلا اجباريا وفق أحكام القانون «٦» .

---

(١) يستلزم القانون لحل الجمعيات اختياريا صدور قرار من الجمعية العمومية بذلك بأغلبية ثلثي الأعضاء ، مالم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط اغلبية اكبر من ذلك (م ٤/٣١ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) .

(٢) انظر فى الخلاف حول حق الأغلبية فى تقرير الحل عند سكوت القانون أو النظام :

Michoud, op. cit., Nos. 339, 340.

(٣) كالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات .

(٤) م ٣٦ و ٦٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

(٥) م ٥٣٠ مدنى فى شأن حل الشركات .

(٦) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., Nos. 348, 351.

٣٤٩ — ذيول الانقضاء

اذا انقضى الشخص الاعتبارى بأحد الأسباب المتقدمة ، فمعنى ذلك انتهاء شخصيته وصلاحيته كمركز وصاحب للحقوق والالتزامات • ولكن انتهاء شخصيته يثير مشكلة مصير حقوقه والتزاماته والى من تؤول من بعده ، كما يثيرها موت الشخص الطبيعى وانتهاء شخصيته به ; وان كان الحل يختلف فى الحالين ، اذ ليس انتقال حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته نتيجة انقضائه الى غيره من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين من قبيل الميراث أو الوصية كما هو الشأن فى تركة الانسان «١» •

وعلى أى حال ، فليست كل حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته بالتى تثور مشكلة مصيرها عند انقضائه ، اذ منها ماينقضى ويتلاشى بانقضاء هذا الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبى للشخص الاعتبارى على أعضائه «٢» وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام «٣» ، بل وكبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى مثل حق الانتفاع «٤» الذى ينقضى حتما — من قبل حلول أجله — بانقضاء الشخص الاعتبارى ولا ينتقل عنه الى غيره •

وأما باقى حقوق الشخص الاعتبارى المالية والتزاماته المالية ، فهى التى تثور مشكلة مصيرها • وفى ذلك تنبغى التفرقة بين ما اذا كان مقصودا بانقضاء الشخص الاعتبارى حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محله ، أو كان انقضاؤه انقضاء كاملا لايعقبه مثل هذا الحلول •

ففى الحالة الأولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتبارى بقصد تجزئته الى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية الى دولتين أو جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجه فى شخص اعتبارى آخر أوضمه

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., No. 1054, p. 1276.

(٢) Michoud, op. cit., No. 395.

(٣) Michoud, op. cit., No. 396.

(٤) Michoud, op. cit., No. 394.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ .

اليه كاندماج دولة أو شركة فى دولة أو شركة أخرى أو ضمها اليها ، لجد أن الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه يخلف الشخص الاعتبارى المتجزىء «[١]» أو المندمج على حقوقه والتزاماته المالية «[٢]» ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات «[٣]» أي لذمة الشخص الاعتبارى المنقضى .

وفى الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لايعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتبارى المنقضى ، ينبغى تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضروراتها تقتضى الابقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضائها . ولكن امتداد هذه الشخصية ، باعتباره خروجا على الأصل ، ينبغى أن يكون محصورا فى نطاق التصفية واجراءاتها فحسب ، فلا ينصرف، الى غير ذلك من الأغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها ، هو مايستقر عليه القضاء الفرنسى «[٤]» ويصرح به المشرع المصرى فى شأن الشركات (م ٥٣٣ مدنى «[٥]» ، وما ينبغى عن طريق القياس تعميمه — عند عدم وجود نص يقضى بالعكس — على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية الأخرى «[٦]» .

فاذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتبارى المنقضى وتبقت حقوق بعد

---

(١) وتقتسم الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة فيما بينها حقوق والتزامات الشخص الاعتبارى الأصلى المتجزىء وفق الأسس والقواعد المحددة فى قرار التجزئة .

(٢) Michoud, op. cit., No. 363.

نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، السنة السادسة ، العدد الثانى ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٦٣٤ .

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., No. 1054, p. 1276.

(٥) انظر فى تصفية الشركات وامتداد شخصيتها فى فترة التصفية : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٢٦٦ و ٦٣٠ .

(٦) Marty et Raynaud, ibid.

وفاء كافة الديون ، فلا يجب مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب اليه من أيلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها أموالا سائبة لاصاحب لها «[١]» ، وانما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقا للقانون أو لنظام الشخص الاعتبارى • والمستقر فى هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الخاصة بين ما يستهدف منها الربح وبين مالا يستهدفه • فما يستهدف منها الربح كالشركات ، يخضع لمبدأ توزيع المتبقى من الحقوق بعد التصفية على الأعضاء أو الشركاء «[٢]» (م ٥٣٦ مدنى) • وأما فى شأن مالا يستهدف منها الربح كالجمعيات والمؤسسات ، فالأصل ألا يعود المتبقى من حقوقها الى الأعضاء أو المنشئين وورثتهم «[٣]» ، وانما يؤول — وفقا لنظامها أو لقرار الحل — الى شخص اعتبارى آخر يكون هو الأقرب فى غرضه الى غرض الشخص المنقضى «[٤]» (م ٣٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) •

---

(١) انظر فى الاشارة الى مذهب نظرية الافتراض فى هذا الصدد وفى رفضه :

Michoud, op. cit., Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 95.

ومع ذلك فقد تؤول حقوق الشخص الاعتبارى الى الدولة اذا فرض المشرع حله مقررا ذلك ، ولكن هذه الأيلولة تحمل حينئذ معنى المصادرة (انظر : Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 95, p. 113)

(٢) Michoud, op. cit., No. 366. — Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Waline, op. cit., p. 176. — Marty et Raynaud, op. cit, No. 1054, p. 1276.

(٣) ومع ذلك ، فقد ينص المشرع استثناء على عودة أموال الشخص الاعتبارى الى منشئه او المنتفعين به ، كما فعل المشرع المصرى عندما اصدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، اذ نص فى المادة الثالثة منه على أن « يصبح ماينتهى فيه الوقف . . . ملكا للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه . فان لم يكن ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين . وان كان الوقف مرتب الطبقات ، آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم . . . » .

(٤) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 95, p. 113, 114. — Waline; Marty et Raynaud, ibid.

المبحث الثانى

انواع الشخص الاعتبارى

٣٥٠ — تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (١)

من المستقر اعتبار التقسيم الأساسى للاشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة والى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام وخاص، اذ تخضع الأولى لأحكام القانون العام والثانية لأحكام القانون الخاص ، مما يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الأهمية البالغة التى رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص ، من حيث تحديد الاختصاص القضائى، والتمتع بامتيازات السلطة العامة ، بما يستتبعه ذلك من تحديد صفة الأموال التى تملكها هذه الأشخاص هل هى أموال عامة أو أموال خاصة ولكل منها فى الأصل نظام مستقل ، وطبيعة العلاقة بين هذه الأشخاص وعمالها هل هى علاقة نظامية تجعل هؤلاء العمال فى مركز الموظفين العامين أو علاقة تعاقدية خاصة تخضع لأحكام عقد العمل.

والتفرقة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، نتيجة تدخل الدولة المتزايد فى ميادين كانت متروكة الى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلق الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البحتة مرافق أخرى اقتصادية ومهنية وأثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة الشبه فى الهدف بين المؤسسات

---

(١) انظر فى ذلك :

Michoud, op. cit., t. I, Nos. 75. 82 - 95. — Planiol, Ripert et Savatier. op. cit.. t. I, Nos. 74, 74 bis. — Mazeaud op. cit.. t. I, No. 603.

عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق فقرة ١٤٣ .

العامة والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام ووجوب التمييز بينها رغم ذلك باعتبار الأولى من أشخاص القانون العام وبقاء الثانية من أشخاص القانون الخاص، نتيجة رقابة الدولة المتزايدة على أشخاص القانون الخاص مما يكاد يوقع فى الخلط بينها وبين أشخاص القانون العام.

والمعايير التى يقول بها الفقه للتفرقة بين الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعددة «١». ويبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب ، ليس بالحاسم فى امر تبين حدود هذه التفرقة فى قطع ويقين. لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القواعد القانونية التى تحكم الشخص الاعتبارى فى مجموعها ، والاعتـداد فى شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صفته العامة أو تخلفها «٢»، كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء أعضائه وازاء الغير بامتيازات السلطة العامة ، وأصله ومنشـأه ، وتمتع الادارة بالسيطرة عليه والـكلمة النهائية فى شأنه أو اكتفاؤها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية.

وعلى أى حال ، فقد عنى المشرع المصرى ــ وهو بسبيل بيان أنواع الأشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية ــ الى تعـديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للتفرقة بينها ، فنص فى المادة ٥٢ من التقنين المدنى على أن «الأشخاص الاعتبارية هى : (١) الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط

---

(١) انظر فى الاشارة الى هذه المعايير ومناقشتها :
Michaud, op. cit., t. I, Nos. 86, 87.

اول فقرة مصطفى أبوزيد فهمى، الوجيز فى القانون الادارى، الجزء الاول، نظرية المرافق العامة، ١٩٥٧، فقرات ٢٥٤ ــ ٢٥٩، ص ١٩٧ ــ ٢٠١ .ــ محمد فؤاد مهنا، القانون الادارى المصرى والمقارن ، الجـزء الاول ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ ــ ٤٥٩ .

(٢) فى هذا المعنى : Michoud, op. cit., Nos., 86, pp. - 243 - 248.

التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية. (٢) الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية. (٣) الأوقاف. (٤) الشركات التجارية والمدنية. (٥) الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التى ستأتى فيما بعد. (٦) كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون ». فنعرض فيما يلى للأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم للأشخاص الاعتبارية الخاصة.

المطلب الاول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٥١ — طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية. ويبدو الفارق الجوهرى بين النوعين من الأشخاص ، فى كون المنشآت أو المؤسسات العامة تتخصص بنوع معين من النشاط أو بمرفق أو مرافق محددة تتولاها ، بينما يكون اختصاص الأشخاص الاقليمية عاما يشمل فى الأصل جميع المرافق ولكن فى حدود اقليمية معينة «[١]». بمعنى أنه اذا أمكن وصف كل من النوعين بالتخصص فمدلوله مختلف بينهما ، اذ تخصص الأشخاص الاقليمية تخصص مكانى ، بينما تخصص المنشآت أو المؤسسات العامة تخصص نوعى أو موضوعى.

(١) **الأشخاص الاعتبارية الاقليمية** : قلنا ان اختصاص هذه الأشخاص عام من حيث نوع النشاط ولكنه محدود من حيث المكان. وفى طليعة هذه الأشخاص شخص أساسى وضرورى هو الدولة التى ينبسط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويليها الأشخاص المحلية التى

---

(١) فى هذا المعنى :
محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

بتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها فى بقعة معينة من اقليم الدولة. وقد سبقت الاشارة الى نص المادة ١/٥٢ من التقنين المدنى الذى يحدد فى صدره طوائف هذا النوع من الأشخاص العامة الاقليمية بأنها الدولة والمديريات والمدن والقرى. وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهـذه الأشخاص ، انما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة فى القانون «١». وتمثل هيئات وأجهزة معينة هـذه الأشخاص فى نشاطها ، فتمثل الحكومة (بالمعنى الواسع) الدولة ، وتمثل مجالس المديريات والمجالس البلدية والقروية المديريات والمدن والقرى على التوالى .

(٢) المنشآت او المؤسسات العامة : أشارت الى هذا النوع الثانى من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ، المادة ١/٥٢ من التقنين المدنى بقولها « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية ». وظاهر من هذا النص، أن هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية ــ على خلاف النوع الأول ــ يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص. وقد قضى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٧ فى شأن المؤسسات العامة بأنها « ... شخصية اعتبارية، ويكون انشاؤها بقرار من رئيس الجمهورية... » (م ١/١) «٢».

وهذه الأشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو المؤسسات

---

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المديريات والمدن والقرى. اما الدولة ، فان شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها فى المحيط الداخلى من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وان كانت تحرص على تسجيل هـذه الشخصية ومظاهرها فى نصوص تشريعها من بعله. اما فى المحيط الدولى ، فان ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى (انظر فى شخصية الدولة وكيفية ثبوتها :
Michoud. op. cit., t. I. Nos. 107 et s.).

(٢) وبذلك بات التمييز يسيرا فى القانون المصرى بين المؤسسات العامة وبين الجمعيات أو المؤسسات الخاصة ذات النفع العام . اذ أن الأخيرة ــ

العامة (établissements publics) «١» ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض «٢» تمييزا لها عن الأشخاص الاقليمية ، تتخصص كما قلنا — وسواء كانت قومية أو محلية «٣» — بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرفق أو مرافق محددة ، تتمتع فى توليها وادارتها بنوع من الاستقلال الذاتى عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الاقليمية الأخرى التى تتبعها .

وقد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد المؤسسات العامة الادارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والاذاعة اللاسلكية «٤». ولكن أمام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها فى مختلف نواحى النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة المنشآت أو المؤسسات العامة وتكاثر عدد الأشخاص المرفقية وتنوعها بالتالى .

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصادى أمام انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تعنيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد فى الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو

= وهى من أشخاص القانون الخاص على خلاف الأولى رغم تمتعها ببعض مزايا السلطات العامة — تتبين بجلاء طبيعتها الخاصة من نشوئها وشهر نظامها وفقا لأحكام القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ فى شأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ثم من صدور قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها جمعية أو مؤسسة ذات نفع عام حينما يكون المقصود بها تحقيق مصلحة عامة (م ٤١ و ٦٩ من القانون سالف الذكر) [أنظر فى ذلك : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٦١] .

(١) لعل التعبير عن ذلك فى اللغة العربية باصطلاح « المنشآت العامة » — وهو المستعمل فى المادة ١/٥٢ مدنى — أن يكون أفضل من التعبير عنه باصطلاح « المؤسسات العامة » ، لما قد يثيره هذا الاصطلاح الأخير من خلط بين هذه المؤسسات وبين المؤسسات الخاصة (fondations) رغم مابينهما من فارق بعيد . ولكن المشرع المصرى قد جرى — رغم ذلك — على استعماله وخاصة فى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٦ والمسمى « قانون المؤسسات العامة ».

(٢) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ .

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ .

المؤسسات العامة الاقتصادية «١» لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وانما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والادارى والمالى ، تتخفف به من الأساليب الادارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب ادارة المشروعات الحرة المماثلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها . ومن أمثلة هذه المؤسسات العامة الاقتصادية فى مصر ، البنك العقارى الزراعى المصرى «٢» ، وبورصة مينا البصل «٣» ، وادارة النقل العام بمنطقة الاسكندرية «٤» ، والهيئة العامة لشئون سكك حديد جمهورية مصر «٥» ، والهيئة العامة لشئون البترول «٦» ، وهيئة ادارة قناة السويس «٧».

---

(١) انظر فى المؤسسات العامة الاقتصادية:
مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٥-٢٩٦ ، ٣٠٠-٣٠٤ ، ٣١٢-٣١٣ . — محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨-٢٨٠ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ٨ مارس سنة ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام القضاء الادارى ، س ٧ ، رقم ٣٦٤ ، ص ٦١١ ، حيث يقرر الحكم أن « البنك العقارى الزراعى قد استوفى كافة عناصر المؤسسات العامة من مرفق عام أو مصلحة عامة تتمثل فى تقديم قروض عقارية من مال الدولة لصغار الملاك الزراعيين بشروط سهلة انقاذا لهم من براثن المرابين ، وان شخصيته المعنوية مستقلة عن شخصية الدولة ، وقد خول سلطات ومزايا وحقوق من نوع ما تتمتع به الهيئات الادارية ، وللدولة عليه اشراف قوى... ومن ثم يكون البنك المذكور مؤسسة عامة ، وبالتالى تكون القرارات الصادرة من الهيئات المشرفة على ادارته قرارات ادارية ... » .

(٣) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ، رقم ١٨٦ ، ص ٥٣٤ ، حيث يقرر الحكم أن « ... بورصة مينا البصل ... تقوم على ادارة مرفق اقتصادى هام من اهم مرافق الدولة، وقد خولت هيئاتها ولجانها المختلفة سلطة وحقوقا مستمدة من القانون العام من نوع ما تختص به الهيئات الادارية العامة... ومن حيث أنه يخلص مما تقدم أن عناصر المؤسسات العامة ومقوماتها قد توافرت فى بورصة مينا البصل ، فتكون القرارات الصادرة من اللجان والهيئات القائمة على ادارة شئونها ، ومنها لجنة القطن ولجنة البورصة ، هى قرارات ادارية قابلة للطعن بدعوى الالغاء أمام هذه المحكمة ... » .

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ .
(٥) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٣٠٠-٣٠٣ .
(٦) مصطفى أبو زيد ، فقرة ٣٠٤ .
(٧) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٣١٢ و ٣١٣ .

وكذلك يثير تدخل الدولة المتزايد فى بعض مرافق التوجيه المهنى وهيمنتها عليها مشكلة تحديد صفتها. وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية «١» على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما اجباريا فى جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتتمتع فى سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة. ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين والمعلمين. ويكاد يستقر الفقه الادارى الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام «٢» ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هى « المؤسسات العامة المهنية » «٣» ؛ ولكن هناك اتجاها آخر يكتفى باعتبارها شخصا مختلطا يخضع للقانون العام فى نواحى نشاطه المهنى ، وللقانون الخاص فى نواحى نشاطه الداخلى البحت «٤». وأيا كان الرأى فى تكييفها ، فمن المتفق عليه اعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهنى قرارات ادارية تخضع لرقابة القضاء الادارى «٥». وعلى أى حال، فقد قطع المشرع المصرى صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كما فعل

---

(١) انظر فى المرافق او النقابات المهنية :
مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ — ١٣٢ و٣٥٣ — ٣٦٣.
— محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ — ٢٨٢ و٤٥٠ — ٤٥٥ .

(٢) مصطفى ابو زيد ، فقرات ٢٩٧ — ٢٩٩ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، ص ٤٥١ — ٤٥٥ ، والمراجع الفرنسية العديدة التى يشير اليها فى هامش ص ٤٥١ .

(٤) انظر فى الاشارة الى هذا الراى فى القانون الفرنسى وفى انتقاده : محمد فؤاد مهنا ، ص ٤٥١ — ٤٥٣ .
وانظر فى الأخذ به فى القانون المصرى :
سليمان الطماوى ، مبادىء القانون الادارى المصرى والمقارن ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٧ ، ص ٦٤ .

(٥) انظر فى ذلك حكما لمحكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجموعة المكتب الفنى ، س ٥ ، رقم ٧٢ ، ص ٣٠٤) تقرر فيه « أن قانون نقابة المحامين قد اضفى على النقابة وهيئاتها ، ومنها لجنة القيد ، نوعا

=

فى شأن الغرف التجارية «١» والغرف الصناعية «٢»٠

وكذلك فان النص ، فى صدد تعـديد الأشخاص الاعتبارية ، على « الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » (م ٢/٥٢ مدنى) ، يثير التساؤل عن صفتها ٠ وقـد أتيح للقضاء الادارى المصرى أن يجيب عن هذا التساؤل فى شأن ما عرض عليـه من الطعن فى قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية، فقضىباعتبارها منأشخاص القانون العام الاعتبارية «٣» وباعتبار قراراتها بالتالى قرارات ادارية تقبل الطعن فيها بالالغاء أمامه ، وذلك بالنظر الى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة والى قيامها بخدمات ذات نفع عام والى خضوعها خضوعا جوهريا لهيمنة الدولة واشرافها «٤»٠ ويراعى، على

=

من السلطة العامة وخولها حقوقا من نوع ما تختص به الهيئات الادارية العامة، مما يترتب عليه اعتبار قراراتها ادارية قابلة للطعن فيها أمام هذه المحكمة ».

وانظـر كذلك حكما لنفس المحكمة فى نفس التـاريخ (مجموعة المـكتب الفنى ، س ٥ ، رقم ٧٥ ، ص ٣٢١) تقرر فيه « ن الرأى الراجح فقها وقضاء فى شأن التكييف القانونى لنقابات المهن ، ومنها نقابة المهن الهندسية ، أنها وان لم تدخل فى نطاق المؤسسات العامة وهى المصالح العامة ذات الشخصية المعنـوية المستقلة عن الدولة ، الا أنهـا تعتبر من اشخاص القـانون العام . . . ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات ادارية مما يجـوز الطعن فيها بدعاوى الالغاء أمام القضاء الادارى ».

(١) المادة الأولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٣ .

(٣) انظر فى هذا المعنى كذلك :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٤ . ـ محمد سامى مدكور، المرجع السابق ، ص ١٤٤ .

(٤) انظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ٦ ابريل سنة ١٩٥٤ (مجمـوعة المـكتب الفنى ، س ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١) الذى يقرر « أن وظيفة البطركخانة هى رعاية مرافق الأقباط الأرثوذكس عامة ، وهى فى سبيل ذلك تتمتع بنصيب من السـلطة للنهوض بهذه المرافق والخـدمات وحسن

=

أى حال ، أن مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية انما تثبت لها الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها «[1]» لا عن طريق الاعتراف العام.

=

توجيهها. وهذه المهمة اصلا هى من اختصاصات الحكومة وكان يقع على عاتقها القيام بها لو لم توكل الى البطركخانة ، ذلك أن الخدمات التى تؤديها هذه البطركخانة للاقباط الأرثوذكس هى من نوع الخدمات التىتؤديها السلطة العامة. أما مجموع القواعد التى تنظمها ، فان هذه القواعد مستمدة من القانون الذى تكفل بتنظيمها وبيان الهيئات التى تتفرع منها ، وبيان كيفية تكوين كل هيئة ومجال نشاطها ومدى اختصاصها... (فضلا عن أن) الحكومة تعين الرئيس الأعلى لهذه الهيئة بأمر عال، وأنها حددت بمرسوم الطائفة التىيختار منها والكيفية التى يختار بها... وعلى هدى ما تقدم ، تكون بطركخانة الأقباط الأرثوذكس شخصا من أشخاص القانون العام ، وتكون الهيئات المتفرعة منها والتى بين القانون اخصاصها هيئات ادارية... فالمجلس الاكليريكى حينما يحاكم الاكليروس... يستمد اختصاصه مباشرة من القانون ويجلس لهذه المحاكمة كهيئة تأديبية، ومن ثم تكون القرارات التى تصدر منه فى هذا الشأن قرارات لها الصفة الادارية ».

وانظر كذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (مجموعة المكتب الفنى، س ٩ ، رقم ٣٤ ص ٣١) الذى يقرر أن «الاختصاصات والمهمات الموكولة الىالمجلس الصوفىالأعلىبمقتضىالقوانين... هىاختصاصات ادارية ذات نفع عام من نوع الاختصاصات والمهام الموكولة الىالسلطاتالعامة. ومن ثم ، فهى هيئة ادارية خاضعة لاشراف الحكومة المركزية ، فهى التى تعين الرئيس الأعلى لهذا المجلس... ويكون الانتخاب تحت اشرافها ، وهى التى تتولى تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة منه أو من مشايخ الطرق ، الأمر الذى تستبين منه المحكمة ان الحكومة جعلت لها الاشراف علىكل كبيرة وصغيرة من سائر أمور الطرق الصوفية. وعلى ذلك يكون المجلس الأعلى شخصا من اشخاص القانون العام، وتكون الهيئات المتفرعة عنه والتىبينالقانون اختصاصها هيئات ادارية. وينبنى على ما تقدم أن القرارات الصادرة من المجلس الصوفى الأعلى فى شأن تعيين مشايخ الطرق... هى قرارات ادارية يجوز طلب الغائها أمام هذه المحكمة».

(١) فى هذا المعنى :
عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٣٥ ، ص٢٠٤ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .

=

المطلب الثانى

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٥٢ ـ تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الخاصة التى تخضع للقانون الخاص ، من حيث تكوينها ، الى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التى تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التى تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين. فنعرض لكل منهما على التوالى.

§ ١ ـ جماعات الأشخاص

٣٥٣ ـ تمهيد وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التى تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية بمقتضى اعتراف خاص أو نص فى القانون (م ٥٢/٦ مدنى) ، تثبت الشخصية الاعتبارية ــ عن طريق الاعتراف العام ــ لطائفتين من جماعات الأشخاص هى الشركات والجمعيات (م ٥٢/٤ و٥ مدنى). واذا كانت الشركات والجمعيات تتشابه فى قيامها على تجمع أشخاص بقصد تحقيق غرض معين ، الا أن هذا الغرض مختلف بينهما ، فالشركات انما تقوم بقصد تحقيق ربح مادى ، أما الجمعيات فتقوم بقصد تحقيق أغراض أخرى غير تحقيق الربح. فنعرض بايجاز فيما يلى للشركات ثم للجمعيات.

=

ولكن ليس بلازم أن يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وانما يكفى فيه أن يكون « وفقا للقواعد المتبعة فى هذا الصدد » (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٤)، اى يكفى أن يكون اعترافا جرى به العرف (انظر سليمان مرقس، المرجع السابق، هامش « ٤ » ، ص ٣٤٧ و٣٤٨).

(١) الشركات

Les Sociétés

٣٥٤ ـ مقومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم. وغرض تحقيق الربح الذى توجد من أجله الشركة ، هو الذى يميزها عن الجمعية ؛ وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى الشركة بما يبرز هذا الغرض بقولها « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ».

والشركة على هذا النحو تفترض وجود شخصين على الأقل من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية «١» ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلالى بقصد تحصيل ربح أو كسب مالى يزيد فى ثروتهم «٢» ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمل ووضعها فى خدمة هذا المشروع ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره.

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية ، كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعى «٣».

---

(١) ومع ذلك ، ففى شان بعض الشركات لا يكفى وجود شخصين بل يجب وجود عدد اكبر من الشركاء كحد ادنى ، مثل شركات المساهمة التى يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها سبعة على الأقل (انظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٤١٩).

(٢) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤ .

والأشكال التى تتخذها الشركات التجارية متعـددة «[١]» ، وتختلف باختلاف الاعتبار الأساسى فى قيام الشركة هل هو الاعتبار الشخصى أو الاعتبار المالى ، أى باختلاف ما اذا كانت الشركة من شركات الأشخاص أو من شركات الأموال.

فشركات الأشخاص التىتقوم علىالاعتبار الشخصى والثقة الشخصية بين الشركاء ، يمكن أن تتخـذ شكل شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة «[٢]». وفى **شركة التضامن** (société en nom collectif)، يكون كل شريك مسئولا عن كل ديون الشركة مسئولية مطلقة فى أمواله الخاصة لا فى حـدود حصته فى الشركة فحسب ، كما يكتسب كل شريك صفة التاجر.

اما فى شركة التوصـية البسيطة (société en commandite simple) فالشركاء فيها فريقـان : شركاء متضـامنون يوجـدون فى نفس مركز الشركاء فى شركة التضامن من حيث المسـئولية المطلقة التضامنية واكتساب صفة التاجر ، وشركاء موصـون لا يكتسبون وصف التاجر وتتحدد مسئولية كل منهم بقدر حصته فى الشركة ؛ والاعتبار الشخصى قائم فى شأن الشركاء المتضامنين والموصين فيها على السواء بحيث يمتنع على أحدهم التصرف فى حصته دون رضاء الباقين.

أما شركات الأموال ، فعمادها الأساسى الاعتبار المالى لا الشخصى، وتظهر عادة فى شكل **شركة المساهمة** (société anonyme) التى يتجزأ فيها رأس المال الى أسهم متساوية القيمة تكون قابلة للتداول والانتقال بالوفاة ، وتتحـدد مسئولية كل شريك عن ديون الشركة ــ ما دام ليس لشخصه اعتبار ــ بقدر ما يتملك من أسهم فحسب. وقد توجد شركات تجمـع بين الاعتبار الشـخصى والاعتبار المـالى تتمثل خاصة فى شكل

---

(١) أنظر فى ذلك :
مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٢٨٧ ــ ٢٩١ .

(٢) راجع فى رفض ما ينسبه البعض من شخصية اعتبارية ناقصة لهذه الشركات ، سابقا ، ص ٩٣٢ ــ ٩٣٤ .

شركة التوصية بالأسهم (société en commandite par actions) التى يوجد فيها ــ كشركة التوصية البسيطة ــ فريقان من الشركاء : شركاء متضامنون فى نفس مركز الشركاء فى شركة التضامن من حيث المسئولية المطلقة التضامنية واكتساب صفة التاجر ؛ وشركاء موصون مسئولون فى حدود حصصهم فحسب ، ولكن دون اعتبار لشخصيتهم على خلاف الحال فى شركة التوصية البسيطة ، بحيث تمثل حصصهم بأسهم قابلة للتداول والانتقال بالوفاة كما هى الحال فى شركة المساهمة.

وأما الشركات المدنية ، فلها أن تتخذ الشكل الذى تشاء ولو كان أحد الأشكال التجارية. ولكن اتخاذها شكلا من أشكال الشركات التجارية ، لا يكسبها فى الأصل الصفة التجارية ولا يخضعها للآثار الخاصة باحتراف التجارة ؛ فتظل مع ذلك ــ من هذا الوجه ــ شركة مدنية ، لأن الأساس فى تحديد وصفها هو ما تقوم به من أعمال لا ما تتخذه من شكل، وعلى ذلك لا تلزم بامساك الدفاتر التجارية ، ولا بالقيد فى السجل التجارى «١» ، ولا يجوز شهر افلاسها ، ولا يكتسب الشريك المتضامن فيها صفة التاجر اذا اتخذت شكل شركة التضامن أو التوصية ، وتخضع لقواعد الاثبات المدنية لا التجارية. أما الآثار الأخرى غير المتعلقة باحتراف التجارة، فتخضع لها الشركة المدنية وفق الشكل التجارى الذى تتخذه «٢».

٣٥٥ ــ تكوين الشركة وبدء شخصيتها

القاعدة أن الشركة تكتسب بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية (م ١/٥٠٦ مدنى). وهذا التكوين ، سواء فى الشركات المدنية أو التجارية «٣» ، يجب أن يتم بعقد مكتوب أيا كان قدر رأس المال، والا كانت

---

(١) ولكن استثناء من ذلك ، تخضع لأحكام قانون السجل التجارى كل شركة مدنية تتخذ شكل شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو الشركة ذات المسئولية المحدودة (مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٦، ص ٣٢٠).

(٢) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٦ ، ص ٣٢٠ ــ ٣٢٢ .

(٣) مصطفى طه ، فقرة ٢٥٤ .

الشركة باطلة (م ٥٠٧/١ مدنى) «١» ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لانعقاد العقد لا لمجرد اثباته. وقد يستلزم القانون — فضلا عن الكتابة — اجراء شكليا آخر، كصدور قرار جمهورى يرخص بتأسيس شركة المساهمة. وعلى ذلك تبتدىء شخصية الشركة بتحرير عقدها أو بصدور الترخيص الحكومى بها بعد هذا التحرير حسب الأحوال.

واذا كانت شخصية الشركة تبدأ بتكوينها على النحو المتقدم ، فمع ذلك لا يحتج بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون (م ٥٠٦/١ مدنى) «٢». غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة (م ٥٠٦/٢ مدنى).

٣٥٦ — انقضاء الشركة

تنتهى الشركة بوجه عام — أيا كان نوعها أو شكلها — بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله (م ٥٢٦/١ مدنى) ؛ أو بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها (م ٥٢٧/١ مدنى) ، أو باجماع الشركاء على حلها (م ٥٢٩/٢ مدنى) أو باتفاق أغلبيتهم على هذا الحل فى الحدود المقررة فى عقد الشركة أو نظامها ؛ أو بحكم قضائى بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدنى).

وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الأشخاص. فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصى ، تتعرض للانقضاء بكل

---

(١) ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز الاحتجاج به قبله (م ٥٠٧/٢ مدنى) ، وان جاز له التمسك قبلهم بقيام الشركة أو بطلانها حسب مصلحته.

(٢) ومع ذلك ، فلم يقرر التقنين المدنى اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك ينبغى القول بأن شخصية هذه الشركات — على خلاف الشركات التجارية — تبدأ ويحتج بها على الغير منذ تكوينها (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٨ ، ص ٢٢٠).

طارىء يحمل معنى الاخلال بهذا الاعتبار، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو اعساره ، أو افلاسه (م ٥٢٨/١ مدنى) ، أو انسحابه اذا كانت الشركة غير معينة المدة (م ٥٢٩/١ مدنى). ولكن هذه الأسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر سبب انقضاء من هذه الأسباب ، فيجوز الاتفاق على أنه اذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قصرا (م ٥٢٨/٢ مدنى)، ويجوز أيضا الاتفاق على أنه ، اذا مات أحد الشركاء أو حجر عليه أو أعسر أو أفلس أو انسحب، تستمر الشركة فيما بين الباقين من الشركاء «[١]» (م ٥٢٨/٣ مدنى).

وبانقضاء الشركة تتعين تصفية أموالها وقسمتها. وتتم هذه التصفية والقسمة بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام القانون (م ٥٣٢ مدنى). ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة — رغم توافر سبب انقضائها — بالقدر اللازم لهذه التصفية والى نهايتها (م ٥٣٣ مدنى) «[٢]». وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم، تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال ؛ واذا بقى شىء بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح. أما اذا لم يكفه صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر (م ٥٣٦ مدنى).

---

(١) « وفى هذه الحالة ، لا يكون لهذا الشريك أو ورثته الا نصيبه فى أموال الشركة. ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذى أدى الى خروجه من الشركة ، ويدفع له نقدا. ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق ، الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة من عمليات سابقة على ذلك الحادث » (م ٥٢٨/٣) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٥٧ .

(٢) الجمعيات

Les Associations

٣٥٧ ـ تمهيد

عنى التقنين المدنى الجديد بوضع أحكام عامة للجمعيات فى المواد من ٥٤ الى ٦٨ منه. وقد صدرت قبله وبعده تشريعات خاصة ببعض أحكام جزئية متعلقة بالجمعيات أو بأنواع معينة منها. وقد رأى المشرع من بعد جمع شتات كل هذه الأحكام فى صعيد واحد مع اعادة النظر فيها ، مما اقتضاه اخراجها من صلب التقنين المدنى واصدار تشريع جديد خاص بها.

ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على أحكام الجمعيات وحدها بل ضم اليها كذلك أحكام المؤسسات ، وبذلك غدا اليوم القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ هو القانون الجامع لمسائل الجمعيات والمؤسسات الخاصة «[١]»، فنسخت به النصوص السابقة عليه المنظمة لهذه المسائل «[٢]» الا ما استثنى «[٣]».

---

(١) نظم هذا القانون مدى تطبيق احكامه فى الزمان ، فقرر تطبيقه بأثر مباشر بسريان احكامه على الجمعيات والمؤسسات الخاصة القائمة وقت العمل به ، موجبا عليها تعديل نظامها وطلب شهره بالتطبيق لأحكامه خلال سنة من تاريخ العمل به والا جاز حلها بقرار من الوزير المختص. وكذلك قضى بانحلال مجالس الادارة والهيئات التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام القائمة وقت العمل به ، ووجوب اعادة تشكيلها وفقا لأحكامه فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ شهرها ، ولكن مع استمرار هذه المجالس وتلك الهيئات فى مباشرة أعمالها بصفة مؤقتة الى أن يتم تشكيلها من جديد (م ٢ و٤ و٥ من قانون اصدار القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦).

(٢) وهى نصوص المواد من ٥٤ الى ٨٠ من التقنين المدنى ، والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية والتبرع للوجوه الخيرية ، والقانون رقم ٣٥٧ لسنة ١٩٥٢ المعدل له ، والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الجمعيات ، والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٥٢ باجراء شهر نظم الجمعيات والمؤسسات.

(٣) يستمر العمل بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن الأندية والقوانين المعدلة له ، فهو قانون خاص لا ينسخه القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ وهو قانون عام.

٣٥٨ — مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية — كما تعرفها المادة الأولى من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ — « كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادى ». ومن هذا التعريف ، تتبين أركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ — تتألف الجمعية من عدد أو جماعة من الأشخاص. ويستوى أن يكون هؤلاء الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين. بل ان قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة قد واجه صورة جمعية كل أعضائها من الأشخاص الاعتبارية، بنصه فى المادة ٢٤ على أن « للجمعيات أن تكون اتحادات فيما بينها ، على أن تحتفظ كل منها بنشاطها وشخصيتها الاعتبارية. ويكون لهذه الاتحادات الشخصية الاعتبارية طبقا للشروط والأوضاع المقررة للجمعيات. وتنظم اللائحة التنفيذية الاتحادات وتبين علاقتها بالجمعيات ». ويستوى أن يكون عدد الأشخاص أعضاء الجمعية قليلا أو كبيرا ، ولكن يبدو أن ثم حدا أدنى يستلزمه المشرع فى الجمعيات عموما هو ثلاثة أعضاء على الأقل «١» ، اذ يوجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس ادارة الجمعية عن ثلاثة (م ٢٦/٢) «٢» ، بل الغالب أن يكون عدد أعضاء الجمعية أكبر من ذلك ، اذ من الطبيعى أن يزيد عدد أعضاء الجمعية عن عدد أعضاء مجلس ادارتها.

٢ — تمثل الجمعية تنظيما مستمرا. ولا يقصد بالاستمرار التأبيد والدوام ، اذ يمكن أن تعين للجمعية مدة محددة تنقضى بانتهائها ، وانما يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد

---

(١) وقد يستلزم حدا ادنى أكبر من ذلك فى بعض الجمعيات، كاستلزامه فى الجمعيات التعاونية الا يقل عددهم عن عشرة (م ٣ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ، ص١٦٥ و١٦٦ .

الاجتماعات العارضة أو الوقتية التى لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية.

٣ ـ تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا هو الذي يميزها عن الشركة [١]. ويستوى بعد ذلك ـ ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والآداب ـ أن يكون خيريا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالأحزاب ، أو مهنيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة كنقابات العمال.

٣٥٩ ـ نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

لا تنشأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين (م ٣/١) والكتابة هنا ـ كما فى حال الشركة ـ شرط وجود وانعقاد لا شرط اثبات. ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات

---

(١) قد تدق التفرقة بين الشركة والجمعية فى صورة بعض الجمعيات التى تستهدف تحقيق منافع اقتصادية لأعضائها. ولكن ينبغى أن يكون مفهوما ان المقصود بالربح الذى يعتبر السعى اليه هو المميز الأساسى للشركة هو الكسب الايجابى المالى او المادى الذى ينضاف الى ثروة الشركاء وليس مجرد الكسب السلبى بالاقتصاد فى النفقات أو توقى بعض الخسائر. ولذلك ينبغى أن تعتبر جمعيات لا شركات ، جمعيات التامين التبادلى التى تستهدف تعويض من يحيق به من اعضائها خطر معين من حصيلة ما يساهم به فيها كل الأعضاء من أموال وحصص ، والجمعيات التعاونية للاستهلاك التى تبيع السلع للاعضاء بالسعر الجارى ثم تعيد اليهم فى آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين نفقة التكلفة ومصاريف الادارة (انظر: مصطفى طه : المرجع السابق، فقرة ٢٤٢ . وانظر كذلك فى تأييد اعتبار الجمعيات التعاونية جمعيات لا شركات: شفيق شحاتة ، فقرة ١٢٦ . ـ محمد سامى مدكور ، ص ١٤٩ . ـ سليمان مرقس ، هامش (١) ص ٣٥٠ ـ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١١٦ ص ١٦٨؛ ولكن انظر عكس ذلك ، بور سعيد الجزئية فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ ، رقم ١٠٩ ، ص ٢١٦).

عددتها المادة ٣/٣ «١» وهى : اسم الجمعية «٢» والغرض منها «٣» ومركز ادارتهـا على أن يكون هـذا المركز فى مصر ، واسم كل من الأعضـاء المؤسسين «٤» ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته وموطنه ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، والهيئات التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وتعيين الأعضاء الذين تتكون منها وطرق عزلهم ، وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، وطرق المراقبة المالية ، وكيفية تعـديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها أو تقسيمها أو تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول اليها أموالها.

وقـد كان التقنين المدنى يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها (م ١/٥٨ وم ٥٥) ، ولـكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شـهر نظامها (م ٢/٥٨) ؛ غير أن الشهر كان مقررا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع ــ رغم اهمال الشهر ــ التمسك ضد الجمعية بالآثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩). ولـكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذه الأحكام فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ مقررا أنه « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية الا اذا شهر نظامها » (م ٧)، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافيا أصلا لبدء شخصيتها ، وهى فى ذلك تختلف عن الشركة بوجه عام كما سبق البيان «٥». ويكون شهر نظام الجمعية ، الذى تبدأ به شخصيتها

---

(١) تنص المادة ٤/٣ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ على أن «تتضمن اللائحة التنفيذية نظاما نموذجيا يجوز للجمعيات اتباعه فى تحضير نظمها ».

(٢) تنص المادة ٢/٢٠ من القانون على انه « لا يجوز لأية جمعية ان تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى دائرة نشاطها ».

(٣) تنص المادة الثانية من القانون على أن « كل جمعية تنشأ لسبب أو لغرض غير مشروع أومخالف للقوانين أوللآداب أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحـكومة الجمهورى ، تكون باطلة لا أثر لها ».

(٤) تقضى المادة ٢/٣ من القانون بمنع المحرومين من مباشرة الحقـوق السياسية من الاشتراك فى تأسيس الجمعيات أو الانضمام الى عضويتها.

(٥) انظر سابقا ، فقرة ٣٥٥ .

بمجرد قيده فى السجل المعد لذلك (م ٩/١) «١» ، مقابل دفع رسم معين «٢». وتتولى الادارة العامة لشئون المراقبات بوزارة الشئون الاجتماعية والعمل نشر ملخص القيد فى الجريدة الرسمية بغير مقابل «٣» ، ولكن لا يترتب على تأخير نشر الملخص فى الجريدة الرسمية تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهى تبدأ فور قيد نظام الجمعية فى السجل المعد لذلك «٤». ولعل المشرع قد أراد - بتعليق بدء شخصية الجمعية على شهر نظامها لا على مجرد تحريره - فرض رقابة ابتدائية على الجمعيات «٥» ، وتحديد وقت بدء

---

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن (م ١٣). واذا انشأت الجمعية فروعا لها ، فيجوز شهر هذه الفروع ويكون لها حينئذ شخصية اعتبارية مستقلة ، على الا يكون للفرع تعديل نظامه الداخلى ، فيما يتعلق بالتزاماته قبل الجمعية الاصلية وكذلك فيما يتعلق بالسياسة العامة والتوجيه ، الا بموافقة الجمعية الاصلية (م ٢٥).

(٢) م ٨ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، وم ٦ من لائحته التنفيذية (النشرة التشريعية ، ابريل سنة ١٩٥٧ ، ص ٩٣١).

(٣) م ٢/٩ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦، وم ٢ من القرار رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٧ الصادر من وزير الشئون الاجتماعية والعمل فى شأن الجهات المختصة باجراء شهر الجمعيات.

(٤) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ١٦٩ .

(٥) ولعل هذا هو ما يبرر ما يعطيه المشرع للجهة الادارية المختصة باجراء الشهر (وهى المراقبة الاقليمية التابعة لوزارة الشئون الاجتماعية والعمل فى شأن الجمعيات التى تقتصر منطقة نشاطها على دائرة اختصاص هذه المراقبة ، أو الادارة العامة لشئون المراقبات فى شأن الجمعيات التى تشمل منطقة نشاطها أكثر من دائرة اختصاص مراقبة واحدة) من سلطة رفض اجراء الشهر. ولكن يبقى لذوى الشأن حق التظلم من قرار رفض الشهر الى الادارة العامة لشئون المراقبات فى حال صدور القرار من مراقبة اقليمية، أو الى وكيل وزارة الشئون الاجتماعية والعمل فى حال صدور القرار من الادارة العامة لشئون المراقبات (م ١١ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، وم ٢ من القرار رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٧ سالف الذكر). ويجب أن يبت فى طلبات التظلم بقرار مسبب يخطر به ذوو الشأن فى مقر الجمعية قبل مضى ستين يوما من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة (م ٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦).

وعلى أى حال ، فالأصل أن تقوم الجهة الادارية المختصة باجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فاذا مضت الستون يوما دون اتمامه ، اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م ١٠ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦).

شخصيتها تحديدا قاطعا يتيسر علم الكافة به «(١)».

٣٦٠ ـ قيود اهلية وجوب الجمعية

سبق أن أشرنا الى أن أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض، فتتقيد بامتناع اسناد الحقوق والالتزامات اللازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند الى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض «(٢)». وهذان القيدان فى شأن الشخص الاعتبارى عامة ، يصدقان كذلك فى شأن الجمعية خاصة. وقد عنى المشرع بوجه خاص بتأكيد مبدأ التخصص وأثره فى تقييد نشاط الجمعية بقوله « لا يجوز للجمعية أن تجاوز فى نشاطها الغرض الذى أنشئت من أجله » (م ١٦) ، مما يستتبع تقييد أهلية وجوبها وحصرها فى نطاق الحقوق والالتزامات المتعلقة بهذا الغرض وحده.

---

(١) اذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغى التساؤل عما اذا كان فى الامكان اسناد ما يتعلق بانشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، فى فترة التأسيس وقبل ابتداء شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين. وقد سبق أن رأينا اتجاه الفقه الحديث الى الاعتراف للأشخاص الاعتبارية ـ وخاصة للشركات ـ بشخصية معينة فى هذه الفترة فى حدود غرض التأسيس وحده ، على أن يتوقف مصير الحقوق والالتزامات المسندة اليها فى هذه الحدود من حيث استقرارها نهائيا أو زوالها على تمام أوعدم تمام تكوين هذه الأشخاص وثبوت شخصيتها. وقد أيدنا هذا الاتجاه، خاصة أمام أخذ المشرع المصرى به فى شأن الشركات المساهمة ، ورأينا تعميمه كقاعدة عامة فى شأن الأشخاص الاعتبارية دون تفرقة ، أمام التشابه بين مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه وبين مركز الجنين فى مرحلة الحمل (راجع سابقا ، فقرة ٣٣٥). ومع ذلك ، فقد أورد المشرع المصرى حكما يشكك فى اعمال هذا المبدأ فى شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن معه اعتباره استثناء منه ، بنصه على أن مؤسسى الجمعية « مسئولون عما يستلزمه انشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عنه من التزامات. فاذا شهر نظام الجمعية « ترد اليهم النفقات التى تقررها الجمعية العمومية » (المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦).

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٣٣٧ .

وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من أهلية وجوب الجمعيات والأشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص لا ينصرف الى غيرها من الأشخاص الاعتبارية «١» ، بنصه على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملـكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله » (م ١/٦) ؛ وهذا النص ليس الا ترديدا لنص المادة ١/٥٧ من التقنين المدنى الملغاة التى استحدثت أصلا هـذا القيد فى القـانون المصرى ، « توقيا — كما يقال «٢» — لحبس العقارات عن التعامل ، ودرءا للتحايل على القواعـد المتعلقة بالشركات ». ويبدو أن هذا القيد الخاص يجاوز حـدود فكرة التخصص ، اذ ليس فى تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيد على القـدر الضرورى لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحمل المعنى الذى يفرضه التخصص كقيـد عام من الخروج على ذلك الغرض «٣». ولعل المشرع باستحداث هـذا القيد الخاص فى شأن الجمعيات كان متأثرا — فضـلا عما برره به من توقى حبس العقارات والتحايل على قواعد الشركات — بنوازع الحذر التقليدى من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظرة التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوةَ الجمعيات بالتالى «٤».

وعلى أى حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات

---

(١) لا ينصرف هذا القيد الى المؤسسات رغم اعمال كثير من احكام الجمعيات فى شأنها ، فالمادة ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة — التى تحيل فى شأن المؤسسات على بعض أحكام الجمعيات — قد اغفلت الاحالة الى الحظر الناشىء عن هذا القيد الوارد على الجمعيات (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩).

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٩١ .

(٣) اسماعيل غانم ، الموضع السابق.

(٤) ولذلك يكون للجمعية أن تتملك أو تكتسب حقوقا على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها (فى هذا المعنى :

=

الخيرية «[١]» والثقافية «[٢]» (م٦/٢) والجمعيات ذات النفع العام (م٤٢) «[٣]»، فيجوز لها أن تتملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتتحوط فى شأنها للمستقبل ، ولأنه لا حرج — بل ليس أولى وأفضل — من التزيد فى تحقيق هذه الأغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضرورى منها ، فضلا عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة ادارية أو اشراف ادارى أشد من سائر الجمعيات «[٤]».

= المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، الموضع السابع). ومع ذلك يذهب البعض (عبدالفتاح عبدالباقى، المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص١٧١) الى أن القيد فى التملك — فى حدود القدر الضرورى لتحقيق غرض الجمعية — عام فى شأن العقارات والمنقولات ، بينما يقتصر فى شأن الحقوق الأخرى غير الملكية على العقارات وحدها.

(١) « تعد جمعية خيرية كل جمعية تتكون لتحقيق غرض أو أكثر من اغراض البر أو الرعاية الاجتماعية، قصر نفعها على اعضائها أو لم يقصر عليهم. واذا باشرت جمعية غير خيرية غرضا من اغراض البر أو الرعاية الاجتماعية عن طريق هيئات داخلية فيها ، خضعت هذه الهيئات لأحكام الجمعيات الخيرية » (م ١/٥٢).

(٢) «تعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم أو الفنون أو الآداب » (م ٥٤).

(٣) « تعتبر جمعية ذات نفع عام كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ، يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك » (م ١/٤١).

(٤) من قبيل ذلك ما يفرضه المشرع على مجلس ادارة الجمعية الخيرية من وضع تقرير سنوى عن أعماله ونشاطه ، وموافاة الجهة الادارية المختصة بميزانية الجمعية وحسابها الختامى مع المستندات المؤيدة لهما متى طلب تقديمها ، وتقديم اية بيانات اخرى تطلبها الجهة المذكورة (م ٥٣). وما يفرضه المشرع كذلك على مجلس ادارة الجمعية التعاونية من موافاة الجهة المختصة سنويا بتقرير عن نشاطها ، فضلا عن المستندات والبيانات المنصوص عليها بالنسبة الى سائر الجمعيات (م ٥٥). وكذلك ما يعطيه المشرع للجهات الادارية المختصة من سلطات واسعة للاشراف والرقابة والتدخل فى شئون الجمعيات ذات النفع العام مما سيرد ذكره من بعد.

٣٦١ ـ نشاط الجمعية

١ ـ قيود نشاط الجمعية : من الواضح أن نشاط الجمعية ـ كنشاط أى شخص اعتبارى ـ يتقيد بمبدأ التخصص فينحصر فى حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض «١»، وقد أكد المشرع المصرى صراحة هذا القيد فى شأن الجمعية خاصة فى نصوص متعددة ، منها نصه على أنه « لا يجـوز للجمعية أن تجـاوز فى نشاطها الغرض الذى أنشئت من أجله » (م ١٦) ، وأن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها، ولها أن تستعمل فائض ايراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها » (م ١٨/١) «٢» ، وأنه « لا يجوز للجمعيات الدخـول فى مضاربات مالية » باعتبار ذلك مناقضا للتخصص القانونى للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادى.

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية، منها عدم جواز انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية المصرية قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ؛ وعدم جواز تسلمها أو حصولها على أموال أو مبالغ من شخص أو جمعيـة أو هيئة أو ناد خارج الجمهورية المصرية، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات فى الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بثمن الـكتب والمجلات العلمية والفنية (م ٢١) ؛ وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قـد تضر بأمن الدولة وصالحها. ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجـوز جمع تبرعات من الجمهور الا للجمعيات والاتحادات المشهرة التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل وترخص لها الجهـة المختصة بذلك ،

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٧ .

(٢) انظر ، فى أحوال وشروط استغلال فائض أموال الجمعية، المادة ١٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة.

وبشرط ألا يكون الغرض من جمع المال تخصيصه لأغراض أية جمعية يكون نشاطها مقصورا على أعضائها ، وتخضع الجمعيات فى ذلك للنظم التى تضعها وزارة الشئون الاجتماعية والعمل والتى تكفل وسائل جمع المال وانفاقه ومطابقتها للأغراض الممنوح الترخيص من أجلها والتفتيش على حساب التبرعات (م ٢٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات وم ١٤ و١٧ من لائحته التنفيذية).

٢ — الهيئات التى تمثل الجمعية وتتولى نشاطها : الجمعية — كأى شخص اعتبارى — تباشر نشاطها عن طريق هيئات أو أجهزة مكونة من أشخاص طبيعيين ، بحيث تنصرف آثار نشاطهم المادى والارادى — طبقا لفكرة التمثيل — الى الجمعية لا اليهم «١». والهيئات الأساسية التى تمثل الجمعية وتتولى نشاطها هى الجمعية العمومية ومجلس الادارة.

(١) الجمعية العمومية : تتكون الجمعية العمومية من جميع الأعضاء العاملين الذين وفوا الالتزامات المفروضة عليهم وفقا لنظام الجمعية ، ومضى على عضويتهم — فيما عدا أعضاء جمعيات الطلبة فى معاهد التعليم — مدة سنة على الأقل (م ١/٣١).

وتختص أساسا بالنظر فى الميزانية والحساب الختامى وتقرير مجلس الادارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات «٢» ، وتعيين أو انتخاب أعضاء مجلس الادارة وعزلهم ، وتعديل نظام الجمعية أو غرضها ، واتحاد الجمعية بغيرها أو ادماجها فيها ، وحل الجمعية (م ٣١ و٣٢).

ويتولى مجلس الادارة فى الأصل الدعوة لاجتماعات الجمعية العمومية العادية وغير العادية «٣». ويجوز كذلك لعشر الأعضاء الذين لهم حق

---

(١) راجع سابقا ، فقرات ٣٤٤ — ٣٤٦ .

(٢) تجب دعوة الجمعية العمومية ، مرة كل سنة خلال الثلاثة الاشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية ، للنظر فى هذه المسائل (م ١/٣٢).

(٣) تجوز دعوة الجمعية العمومية لاجتماعات غير عادية كلما اقتضت مصلحة الجمعية ذلك.

حضور الجمعية العمومية أو لمائتين منهم دعـوتها الى الاجتماع بشروط معينة «[١]» (م ٣/٣٢).

والأصل أن تتخذ قرارات الجمعية العمـومية «[٢]» بالأغلبية النسبية للأعضاء الحاضرين ، ما لم يرد فى نظام الجمعية ما يخالف ذلك (م ٣/٣١) ؛ أو ما لم يتطلب القـانون فى بعض المسائل أغلبية خاصة أكبر ، كتطلبه الأغلبية المطلقة لأعضاء الجمعية فيما يختص بتعديل نظامها ، وأغلبية ثلثى أعضائها فيما يختص بتقرير حل الجمعية أو تعديل غرضها أو اتحادها بغيرها أو اندماجها فيها أو عزل أعضاء مجلس الادارة «[٣]» (م ٤/٣١).

(٢) **مجلس الادارة** : يجب أن يكون لـكل جمعية مجلس ادارة يبين نظامها اختصاصه وطرق تعيين أعضائه «[٤]» وانتهاء عضويتهم ، بشرط ألا يقل عددهم عن ثلاثة ، وألا تزيد عضويتهم على ثلاث سنوات وان كان من الجائز تجديد عضويتهم وفقا لنظام الجمعية (م ٢٦). وينعقد مجلس الادارة مرة كل شهرين على الأقل (م ٢/٢٨).

ويتولى مجلس الادارة ادارة شئون الجمعية ، وله فى سبيل ذلك القيام بأى عمل من الأعمال عدا تلك التى ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة

---

(١) وذلك اذا كانوا قد طلبوا الى مجلس الادارة كتابة دعوتها للانعقاد مع بيان الغرض منه ، ولم يستجب المجلس لهذا الطلب خلال خمسة عشر يوما.

(٢) ولـكن يشترط لصحة هذه القرارات ان تكون صادرة فى المسائل المبينة فى جدول الأعمال الواجب ارفاقه باعلان الدعوة (م ٢/٣١).

(٣) ويجوز أن يشترط نظام الجمعية أغلبية أكبر من ذلك ، وحينئذ يجب لصحة القرارات صدورها من هذه الأغلبية.

(٤) يشترط فى عضو مجلس الادارة ــ فى غير جمعيات الطلبة فى معاهد التعليم ــ ان يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية (م ١/٢٧). وفضلا عن ذلك ، تحدد اللائحة التنفيذية شروطا اخرى يلزم توافرها فى أعضاء مجالس ادارة بعض الجمعيات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل ، بقصد رفع مستوى الادارة فيها بحسب الغرض الذى انشئت من أجله (م ٢/٢٧ من القانون ، وم٢٢ من اللائحة التنفيذية).

الجمعية العمومية عليها قبل اجـرائها (م ١/٢٨)٠ وله أن يعين — من أعضائه أو من غيرهم — مديرا يفوضه التصرف فى أى شأن من الشئون الداخلة فى اختصاصه (م ٢٩) ؛ ويقوم المدير — ما لم يمنعه نص فى نظام الجمعية — بالأعمال التنفيذية الداخلية ، كاقتراح تعيين الموظفين وتوقيع الجزاءات التأديبية عليهم واعتماد أذونات الصرف والاشراف على تنفيذ قرارات الجمعية العمومية ومجلس الادارة (م ٣٠)٠

٣ — رقابة نشاط الجمعية : يخضـع المشرع نشاط الجمعية لرقابة ادارية ورقابة قضائية على السواء ، ضمانا لالتزامها فى ذلك أحكام القانون وأحكام نظامها وحدود غرضها وتخصصها٠

(أ) الرقابة الادارية فضلا عما سبقت الاشارة اليه من خضـوع الجمعية للسلطة الادارية المختصة «١» فى صلاتها مع الأشخاص والهيئات فى الخارج وفيما تجمعه من تبرعات من الجمهور ، يكون للجهة الادارية المختصة كذلك حق الاطلاع على السجلات والوثائق التى يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها فى مركز ادارتها (م ١٤)٠ ويجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله (م ٢/١٧)٠ وأن تبلغها بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة فى جـدول الأعمال لتندب من يحضر عنها الاجتماع اذا أرادت ، وأن تبلغها كذلك بصور من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع (م ٢٣)٠

وكذلك فقد استحدث قانون الجمعيات والمؤسسات سلطة جـديدة أعطاها للجهة الادارية المختصة ، تملك بمقتضاها وقف العمل — فى حالة الاستعجال — بأى قرار يصدر من مجلس ادارة الجمعية أو جمعيتها العمومية

---

(١) أنظر فى تحـديد السلطات والجهات الادارية المختصة المنصوص عليها فى قانون الجمعيات والمؤسسات ولائحته التنفيذية ، قرار وزير الشئون الاجتماعية والعمل رقم ١٦٩ لسنة ١٩٥٨ (النشرة التشريعية يوليه سنة ١٩٥٨ ص ١٢٧١)٠

أو من مديرها ، اذا رأت أنه مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب (م ١/٣٥). ولكن سلطة الادارة فى وقف مثل هذا القرار لا تمتد الى حالة مخالفته نظام الجمعية وحده ما دام ليس فى هذه المخالفة مخالفة كذلك للقانون أو للنظام العام والآداب «١». وعلى أى حال ، فقرار الوقف اجراء مؤقت ، اذ يسقط ويعتبر كأن لم يكن اذا لم ترفع دعوى بطلان القرار الموقوف «٢» الى المحكمة خلال الثلاثين يوما التالية لصدوره (م ٢/٣٥).

(٢) **الرقابة القضائية :** أخضع المشرع نشاط الجمعية لرقابة القضاء حتى يضمن التزامها حدود أغراضها واحترامها أحكام نظامها وأحكام القانون ، فجعل للمحكمة الابتدائية ، الواقع فى دائرتها مركز الجمعية ، سلطة الحكم بابطال كل قرار من الجمعية العمومية أو مجلس الادارة أو المدير يصدر مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية (م ١/٣٤). ويشترط أن ترفع دعوى البطلان من أحد الأعضاء أو من شخص آخر ذى مصلحة أو من النيابة العامة ، خلال ستة أشهر من تاريخ صدور القرار (م ٢/٣٤). غير أنه حماية لحسن النية ، لا يجوز رفع دعوى البطلان على من اكتسب من الغير بحسن نية حقوقا على أساس القرار المذكور المخالف للقانون أو لنظام الجمعية (م ٣/٣٤) فتظل هذه الحقوق قائمة ومستقرة لهم رغم ترتبها على مثل هذه المخالفة.

وكذلك فقد فرض المشرع عقوبات جنائية ، جعل للقضاء الحكم بها ، على من ارتكب جرائم من المنصوص عليها فى المادة ٧١ من قانون الجمعيات والمؤسسات ، مثل مباشرة نشاط الجمعية قبل شهرها أو بعد حلها ونشر حكم الحل فى الجريدة الرسمية ، أو مباشرة نشاط يجاوز غرضها ، أو امساك سجلات تتضمن بيانات كاذبة مع العلم بذلك أو تعمد اخفاء

---

(١) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ .

(٢) سواء من أحد أعضاء الجمعية ، أو من ذى مصلحة ، أو من النيابة العامة ، أو من نفس الجهة الادارية صاحبة قرار الوقف (م ١/٣٤ و٢/٣٥).

بيان يتطلب القانون اثباته «[١]» ، وبوجـه عام على كل من ارتكب مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة فى شأنه «[٢]» (م ٧٢) . بل وجعل أعضاء مجلس الادارة ومدير الجمعية مسئولين جنائيا كذلك عن الجرائم السابقة «[٣]» (م ٧٣). ووصل الى حد معاقبة الجمعية كذلك عن هذه الجرائم ، فأعطى للقاضى سلطة الحكم باغلاق مقر الجمعية وفروعها أو أحدهما لمدة محدودة أو غير محدودة «[٤]» ومصادرة الأشياء المستعملة فى الجريمة بحسب الأحوال (م ١/٧٤).

٣٦٢ — انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالأسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتبارى «[٥]» ، مثل انتهاء الأجل المحدد لها ، أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه، أو موت كل أعضائها أو تضاؤلهم الى عضو واحد أو الى أقل من الحد الأدنى المفروض «[٦]» ، أو بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا. وهذا السبب الأخير هو الذى نعرض له خاصة فيما يلى :

(١) الحل الاختيارى : لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا الا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى أعضاء الجمعية ، ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك (م ٤/٣١).

(٢) الحل الاجبارى : لا يتأتى حل الجمعية حلا اجباريا الا بحكم قضائى. وحسنا فعل المشرع المصرى بحرمان السلطة التنفيذية من حق حل الجمعيات ، تمكينا للنزعة الحرة الديمقراطية ، وضمانا لعدالة الحل

---

(١) يعاقب مرتكب هذه الجرائم بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين (م ١/٧١).

(٢) والعقوبة هنا هى الغرامة التى لا تجاوز عشرين جنيها.

(٣) وهم يعاقبون فى الأصل بنفس العقوبات المقررة لهذه الجرائم ، الا اذا أثبت أحدهم عدم تمكنه — بسبب الغياب أو استحالة المراقبة — من منع وقوع الجريمة ، فتقتصر العقوبة على الغرامة.

(٤) راجع سابقا ، ص ٩٥٠ وهامش (٢) منها.

(٥) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٨ .

(٦) انظر سابقا ، ص ٩٧٤ .

ولزومه وارتفاعه عن مظان الشبهة والتحكم. والحل القضائى يصدر « بحكم من المحكمة الابتدائية التابع لها مركز الجمعية ، بناء على طلب أحد الأعضاء أو أى شخص آخر ذى مصلحة أو النيابة العامة، متى أصبحت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها ، أو متى خصصت أموالها أو أرباح أموالها لأغراض غير التى أنشئت من أجلها ، أو متى ارتكبت مخالفة جسيمة لنظامها أو أية مخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب » (م ٣٦/١). غير أن المحكمة ليست ملزمة بالحكم بالحل فى هذه الحالات ، فهو أمر جوازى متروك لتقديرها ، وقد ترى ابطال التصرف موضوع المخالفة كافيا ومجزئا عن الحل وهو جزاء خطير يعدم الجمعية وينهى شخصيتها (م ٣٦/٢).

تصفية الجمعية : اذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا قضائيا ، فتدخل دور التصفية التى يقوم بها مصف أو أكثر تعينه الهيئة التى قررت الحل أو حكمت به (م ٣٨) ، أى تعينه الجمعية العمومية فى حال الحل الاختيارى والمحكمة فى حال الحل القضائى. وقد ينبغى — قياسا على المقرر فى شأن الشركات — الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية، وفى حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان «١» ، واعتبار المصفى ممثلا لها فى هذه الحدود.

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفى بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر فى نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة. ومن هذه الأحكام ما تقرره المادة ١/٤ من قانون الجمعيات والمؤسسات من أنه « لا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الى الأعضاء أو الى ورثتهم أو أسرهم ». وحكمة هذا التحريم واضحة ، لأن الأصل فى وجود الجمعيات ليس هو تحصيل ربح للأعضاء فضلا عن أن مواردها تتجمع فى الغالب من حصيلة التبرعات والاعانات فلا يجب أن تكون مصدرا لاثراء الأعضاء. ولكن اذا انتفت هذه الحكمة

---

(١) انظر سابقا ، ص ٩٥٧ .

— وهو ما يتحقق فى شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات ، وفى شأن حصص الجمعيات التعاونية — فليس ما يمنع من النص فى نظام الجمعية على أيلولة هـذه الأموال أو تلك الحصص الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم (م ٤/٢) «(١)» ، ومن احترام هـذا النص بالتالى بتوزيعها — عند الحل — عليهم.

واذا لم يوجد فى نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية توزيع المتبقى من أموالها ، أو وجـد ولـكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة التى أصدرت قرار الحل — متى صار نهائيا — أن تقرر توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الجمعية أو المؤسسة التى يكون غرضها هو الأقرب الى غرض الجمعية (م ٣٩/٢) ، كفالة لاستمرار استخدام أموال الجمعية — رغم حلها — فى تحقيق ما يقرب من غرضها.

٣٦٣ — الجمعيات ذات النفع العام

من الجمعيات ما يتمحض غرضـه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة خاصة رعاية لهذا الغرض ، بالتمكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيـود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة

---

(١) واذا كان المشرع يقرر أنه « ليس للعضـو المنسحب ولا للعضـو المفصول اى حق فى أموال الجمعية الا فى الحالات المنصوص عليها فى هذا القانون» (م ٥/٢) ، فينبغى تفسير هذه الحالة بأنها احالة على نص المادة ٤/٢ (انظر اسماعيل غانم ، المرجـع السابق ، هامش (١) ص ٢٤٣) ؛ فيكون للعضـو المنسحب او المفصول — رغم عدم انقضاء الجمعية بانسحابه أو فصله — حق فى المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات أو فى حصص الجمعيات التعاونية. ويؤكد ذلك ما ينص عليه قانون الجمعيات التعاونية من انه يكون للعضـو المنسحب « الحق فى استرداد قيمـة ما ساهم به فى الجمعية ، بشرط الا يترتب على ذلك تخفيض راس مال الجمعية الى اقل من نصف اقصى قيمة وصل اليها راس المال منذ نشأة الجمعية. ويجب تخفيض قيمة ما يسترده العضو المنسحب بنسبة ما أصاب الجمعية من عجز فى رأس مالها » (م ٦ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦).

الادارية ــ مقابل ذلك ــ قسطا من الاشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية.

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، فهى التى تملك الاعتراف بغرض مثل هذه الجمعيات من النفع العام واخضاعها لما يقتضيه ذلك من نظام خاص يزودها أساسا ببعض امتيازات السلطة العامة. ولذلك ينص قانون الجمعيات والمؤسسات على أن « تعتبر جمعية ذات نفع عام كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك. كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب صفة النفع العام من الجمعية ». غير أن سحب صفة النفع العام من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات النفع العام واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما.

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات النفع العام تظل ــ رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة ــ من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة «[1]».

(١) **امتيازات الجمعيات ذات النفع العام:** تتمتع الجمعيات ذات النفع العام ــ بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة ــ بنوعين هامين من الامتيازات :

١ ــ تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات ، فتستطيع أن تملك أو تكتسب حقوقا على العقارات

---

(١) انظر فى التفرقة بين المؤسسات العامة والمؤسسات ذات النفع العام : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٥٥ ــ ٤٦١ ، وانظر كذلك سابقا ، ص ٩٥٩ و٩٦٠ و٩٦٢ و٩٦٣ .

ولو كانت مجاوزة للقدر الضرورى لتحقيق غرضها، واستثناؤها من هذه القيود مقرر بنص القانون (م ٤٢) كما هو مقرر فى شأن الجمعيات الخيرية والثقافية كما سبق البيان «١» ، فلا يلزم النص على هذا الاستثناء فى القرار الصادر من رئيس الجمهورية بمنحها صفة النفع العام كما كان يتطلب ذلك التقنين المدنى (م ٢/٧٩).

٢ ـ تتمتع الجمعيات ـ بالنظر الى الاعتراف لها بصفة النفع العام ـ ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجر على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية. ويعين بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات النفع العام من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٤٣) «٢».

---

(١) انظر سابقا ، ص ٩٧٩ و ٩٨٠ .

(٢) وقد اعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة فى هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : اللجنة العليا لمعونة الشتاء وفروعها ، وجمعية الهلال الاحمر المصرى بالقاهرة وبالاسكندرية ، وجمعية الاسعاف العام الأهلية فى جميع انحاء الجمهورية ، والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية المبرة وفروعها ، والجمعية الخيرية الاسلامية بالقاهرة ، وجمعية المؤاساة الاسلامية بالقاهرة ، ورابطة الاصلاح الاجتماعى بالقاهرة ، وجمعية المؤاساة الاسلامية بالاسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالاسكندرية ، ومبرة الاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية، وجمعية اولادى بالمعادى (النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣). وصدر كذلك قرار ثان من رئيس الجمهورية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية اخرى جمعيات ذات نفع عام ، وفوض وزير الشئون الاجتماعية والعمل فى أن يعين ـ بقرار منه ـ ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشر التشريعية، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧).

واشترط القراران الجمهوريان للتمتع بهذه الاختصاصات، ان يعتمد وزير الشئون الاجتماعية والعمل نظم هذه الجمعيات ، على ان تشتمل هذه النظم على نص يخول الوزير المذكور سلطة تعيين ممثلين للوزارة او احدى الجهات الادارية الأخرى اعضاء فى مجلس ادارتها (م ٢/٢ من كل من القرارين المذكورين).

(٢) **سلطة الادارة فى الاشراف على الجمعيات ذات النفع العام :** اذا كانت الجمعيات ذات النفع العام تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لاشراف ورقابة ادارية أشد من سائر الجمعيات العادية.

فلجهة الادارة المختصة الرقابة على تشكيل مجالس ادارة هذه الجمعيات وهيئاتها التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين للتعيين فيها أو لانتخاباتها ، والاشراف على هذه الانتخابات ، والغاء الانتخاب الذى يقع مخالفا لنظام الجمعية أو للقانون (م ٤٧). بل ولوزير الشئون الاجتماعية والعمل — كما سبقت الاشارة «١» — سلطة تعيين ممثلين للوزارة أو احدى الجهات الادارية الأخرى أعضاء فى مجلس ادارة هذه الجمعيات للاشتراك فى تسيير أمورها ومراقبتها عن كثب ، طبقا للواجب المفروض على هـذه الجمعيات من تضمين نظمها تخويل الوزير مثل هذه السلطة لامكان اعتمادها منه وتمتع هذه الجمعيات باختصاصات السلطة العامة.

وكذلك تخضع هذه الجمعيات لفحص أعمالها والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظمها وقرارات الجمعية العمومية من قبل مفتشين يعينهم الوزير المختص ، وترفع تقاريرهم الى الجهة الادارية المختصة (م ٤٤).

وللجهة الادارية المختصة ، كذلك أن تحل مجلس الادارة بقرار مسبب وتعين مـديرا أو مجلس ادارة مؤقتا يتولى اختصـاصات مجلس الادارة المخولة فى نظام الجمعية ، وذلك اذا ارتكبت من المخالفات ما يستوجب هذا الاجراء «٢» بعد انذارها بازالة المخالفة وانقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار دون مخالفتها (م ١/٤٨) ، ولهذه الجهة أن تقرر حرمان المسئولين من أعضاء مجلس الادارة القديم عن وقوع هذه المخالفات من

---

(١) انظر سابقا ، هامش (٢) ص ٩٩٠ .

(٢) وكذلك « اذا أصبح عـدد اعضاء مجلس الادارة لا يكفى لانعقاده انعقـادا صحيحا ، أو اذا تعذر انعقاد الجمعية العمومية بسبب عـدم تكامل الأعضاء مرتين متواليتين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة » (م ١/٤٨).

ترشيح أنفسهم لعضوية مجلس الادارة الجديد «١» لمدة أقصاها ثلاث سنوات (م ٥١)٠

وتملك الجهة الادارية المختصة كذلك ــ فى حال وجـود أكثر من جمعية ذات نفع عام تسعى لتحقيق غرض مشترك ــ أن تقرر ادماجها أو توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها (م ٤٦) ؛ أو انشاء اتحاد يقوم بتنسيق نشاطها وتوحيد مصادر جمع الأموال وتوزيعها عليها ، ويكتسب شهره شخصية اعتبارية مستقلة عنها (م ٤٥)٠

§ ٢ ــ مجموعات الأموال

٣٦٤ ــ تمهيد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التى تتألف من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين٠ وقد كانت الأوقاف الى قريب ــ رغم التشكك أول الأمر فى ثبوت الشخصية لها ــ هى الصورة الوحيدة التقليدية فى مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبـارية ، اذ حجب انتشار الوقف فى مصر وتأصله فيها منذ قديم ، كنظام تقليدى مستقر ، وأخر طويلا ظهور صور أخرى الى جوار من مجموعات الأمـوال ذات الشخصية الاعتبارية٠ غير أن ما أحاط نظام الوقف فى العمل من جمود وما اتسمت به ادارته من فساد ، صرف كثيرا من الناس ــ فى تحقيق ما يريدون من أغراض البر ــ عن سلوك طريق الوقف ، واضطرهم ــ لذلك ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التى لا تحمل معنى البر «٢» ــ الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غيرمناسبة كانشاء جمعيات لتحقيق هذه الأغراض٠ من أجل ذلك لم يجـد المشرع

---

(١) تنتخب الجمعيـة العمومية مجلس ادارتها الجـديد ــ بعد اتخاذ الاجراءات الخاصة بالترشيح لعضويته ــ فى الجلسة التى يدعو اليها المدير أو مجلس الادارة المؤقت خلال المدة التى يحددها قرار تعيينه (م ٥٠/١ و٢)٠

(٢) كمشروع القرش (انظر فى امتناع اخراجه مخرج الوقف : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٣٦٢)٠

المصرى بدا من انشاء صورة جـديدة من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمنتشرة فى كثير من الشرائع الحـديثة وهى صورة المؤسسة. وبذلك أصبحت هناك صورتان لمجموعات الأموال فى القانون المصرى ، تتفقان فى ثبوت الشخصية الاعتبارية لهما وتختلفان بعد ذلك فيما تخضعان له من أحكام ، هما : صورة الوقف المستمد نظامه من أحكام الشريعة الاسلامية، وصورة المؤسسة المأخوذة والمستمدة أحكامها من الشرائع الغربية.

(١) الأوقاف

٣٦٥ — شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التمليك لأحد من العباد ورصد منفعتها — على سبيل التأقيت أو التأبيد «١» — على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء. وقد تأصل نظام الوقف فى الفقه الاسلامى ، وشاع الالتجاء اليه منذ أول العهد الاسلامى فى البلاد الاسلامية وفى مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصدق المندوب اليه ديانة.

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، أمام عـدم وجـود نص صريح أول الأمر فى القـانون المصرى ، وأمام افتقاد نظرية للشخصية الاعتبارية فى الفقه الاسلامى. ولـكننا سبق أن أشرنا «٢» الى أن هذا الفقه يحتوى على بعض أحكام فرعية لا يمكن حملها الا على محمل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحية وجوب الحقـوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية فى هذا الفقه، ويبرر مذهب بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية فى تأييد القول بتقبل هـذه

---

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسـة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف على أن « وقف المسجد لا يكون الا مؤبدا ، ويجوز أن يكون الوقف على ما عـداه من الخـيرات مـؤقتا أو مؤبدا ، واذا أطلق كـان مؤبدا . . . ».

(٢) أنظر سابقا ، ص ٨٦٤ و٨٦٥ .

الشريعة لفكرة الذمة أو الشخصية الاعتبارية الى جوار الذمة أو الشخصية الطبيعية الثابتة لأفراد الناس «[١]». وفضلا عن ذلك ، ففى أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته — فى نظر الفقه الاسلامى — للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له — بمقتضى هذه الأحكام — انفصاله واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واسناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحمله بالدين فى أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه فى الضمان عن استهلاك ماله أو اغتصاب أعيانه ، وحقه فى ملكية ما يشترى من فائض غلته «[٢]».

---

(١) ولكن يبدو — اذا صح تقبل الشريعة الاسلامية لفكرة الشخصية الاعتبارية — أن هذه الشخصية يظل منظورا اليها فيها بوصفها شخصية حكمية أو افتراضية الى جانب شخصية الانسان وهى الشخصية الحقيقية الوحيدة. ومرد ذلك تأسيس الذمة أو الشخصية فى الفقه الاسلامى على فكرة العهد، مما يجعل الاعتراف لغير الانسان بالشخصية ضربا من المجاز والافتراض، ولذلك يقول الأستاذ محمد فرج السنهورى انه « اذا نفى الفقهاء (فى الشريعة الاسلامية) الذمة وأهلية الوجوب عن غير الانسان المعين ، فانهم لا ينفون الا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العهد والعقد ، ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين » (مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، ج ٣ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣).

(٢) أنظر فى تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف فى نظر الفقه الاسلامى: محمد فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و٨٢٥ ، وقوله فى ذلك خاصة : « ان للوقف كيانه المستقل ، فهو منفصل تمام الانفصال عن أملاك الواقف المطلقة... واذا استهلك مال الوقف او اغتصبت اعيانه حتى وجب الضمان ، فلمن تجب القيمة ؟ انها لا تجب لغير جهة الوقف. واذا اشترى القيم ماشية وآلات من الغلة لزرع ارض الوقف فلمن يكون ملكها ؟ انها ليست مملوكة للمشترى ولا للموقوف عليهم ما دام استغلال الوقف محتاجا لها وانما هى ملك لجهة الوقف... واذا اشترى القيم بفاضل الوقف مستغلا، يباع اذا دعت الحاجة الى بيعه ، لم يكن وقفا على الصحيح ولكنه ليس مملوكا لانسان بعينه وانما هو مال لجهة الوقف وتابع لها. واذا وقعت الاستدانة الصحيحة فمم يجب اداؤها ، ان اداءها واجب فى غلة الوقف... وفى كتاب القضاء أن الوقف يقضى له وعليه... وقد تكلم الفقهاء فى موطن الوقف من ناحية الولاية والاختصاص ، فمنهم من نظر الى موطن الأعيان، ومنهم من نظر =

ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصرى على اعتبــار الوقف شخصا من الأشخاص الاعتبارية «(١)»، وأن يعتبر ناظره نائبا عن الوقف لا عن المستحقين. وقد أحسن المشرع المصرى من بعد باقرار هذا الاتجاه المحمود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الاسلامى الى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الجديد على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية (م ٥٢/٣).

=

الى موطن المتولى (مقر الادارة). وبهذا اتضح أن للوقف أهلية الوجــوب فيما له وما عليه، وأن له ذمة حكمية عند الجمهور، وله نائب وموطن وله حق التقاضى ، فاكتملت له خصائص الشخص الاعتبارى ، فلا حرج مطلقا فى جعله شخصا اعتباريا ، ولا يتنافى ذلك مع كونه نظاما اسلاميا له قواعده ومقوماته الخاصة، فان هذه القواعد وتلك المقومات متفقة مع مقومات الشخص الاعتبارى تمام الاتفاق ».

(١) السيدة زينب الجزئية ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠، المجموعة الرسمية ٢٣ ، رقم ١١٥ ص ١٧٦ . ـ استئناف مصر ، ٢٥ يوليه سـنة ١٩٢٢ ، المحاماة ٤٨٣/١٦٢/٢ . ـ استئناف مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤، المحاماة ٤٧١/٤٠٠/٥ . ـ نقض ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، جا ، رقم ١٧٥ ص ٣٧٠ .

وقد جاء فى الحـكم الأخير أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد رسموا طريقة حماية ما يترتب على الوقف من ملك لا يملـكه أحد من الخلق، « فجعلوا الأعيان الموقوفة تحت اشراف الحاكم الشرعى ، وجعلوا لهذا الحاكم أن يعين من يتولى فعـلا حفظ العين الموقــوفة واستغلالها وتوزيع ثمرتها على مستحقيها من أشخاص أو جهات بر. . ومما قرروه. . أنه اذا احتيج فى المحافظة على أعيان (الوقف) الى نفقة لا تفى ثمرته بها ، فان لمتــوليه أن يستدين باذن الحاكم الشرعى ما يفى بتلك النفقة ويكون هذا دينا لازما على الوقف نفسه يؤدى من غلته. كما صرحــوا بأن الغلة اذا فاضت عن المصاريف المقررة ، أمكن لجهة الوقف أن تشترى بهذا الفائض مستغلا يكون مملوكا لها وتستطيع بيعه عند الاقتضاء. فالوقف اذن كائن تخلقه ارادة الواقف ويبقى قائما على أصله أبدا يتعامل ويدين ويستدين ، وتكون له حقوق وعليه واجبات فى الحـدود التى قررها الفقهاء ؛ وكل كائن يجمع هذه الخواص ، فهو شخص قانونى اعتبارى بحسب اصطلاح علماء القانون. وعلى ذلك ، فليس للدائن المستحق فى الوقف أن يعمد الى المحصولات الزراعيـة الناتجة من أرض الوقف فيحجز عليها فى مخازن الوقف حجزا تنفيذيا على اعتبار انها مملوكة ملـكا خاصا لمدينه ، فان حجز عليها كذلك فحجزه باطل ».

ويخضع الوقف فى تنظيمه وأحـكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل. وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما يعنينا الـكلام فيه فى هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا. وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الأشخاص الاعتبارية التى يغنى الاعتراف العام فى شأنها دون تطلب اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه باشهاد لدى المحكمة «[1]» وقيـده فى دفاترها.

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف). ويعـود الوقف ملـكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته، والا كان للخزانة العامة (م ١٧). وتنهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة ــ بناء على طلب ذى الشأن ــ اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصـيبا فى الغلة غير ضـئيل ولا يضرهم بسبب حـرمانهم من الغلة وقتا طويلا «[2]» ، ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحـكم بانهائه (م ١٨).

٣٦٦ ــ مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت أقدامه وشاع العمل به فى مصر منذ قرون عديدة ، الا أن تطور الأوضاع الاقتصادية فى العصر الحديث قـد كشفت عن جمود هذا النظام بعرقلته تداول الأموال واستغلالها على النحو

---

(١) اذا كان الموقوف عقارا، فيجب تسجيل الاشهاد المذكور فى سجلات الشهر العقارى.

(٢) وكذلك يمكن ــ بقرار من المحكمة ــ انهاء الوقف جزئيا فى نصيب اى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا (م ١٨).

المثمر المفيد، مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى فى تخريب أعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه. من أجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الأوقاف ، وارتفعت الدعوة الى انهائها وحلها. وقد وجد المشرع المصرى ، فى صدور قانون الاصلاح الزراعى المحدد لملكية الأراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخلا حاسما — وان كان جزئيا — بالبتر بعد أن استعصى العلاج ، فقضى بالغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، « حتى يتسنى — كما تقول مذكرته الايضاحية — تطبيق أحكام تشريع الاصلاح الزراعى على الأراضى الزراعية الموقوفة التى يتمتع فيها المستحقون بحكم الواقع بمركز لا يختلف فى جوهره عن مركز الملاك... وحتى يتسنى اطلاق طائفة جسيمة من الأموال من عقالها ، لتصبح عنصرا من عناصر التداول والاستثمار... ».

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار فى الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر. وفى شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوىء ادارته المزمنة ومن جمود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه «١» ، وأجاز لوزير الأوقاف — بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى واجازة المحكمة — اهدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله أو بعضه على جهة بر أخرى تكون أولى من الجهة التى عينها الواقف «٢». واذا كانت هذه الأحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ،

---

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، المعدلة بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

فيبدو أنها ـ كما يظن البعض «(١)» ـ تكاد تحمل الأفراد على الاحجام عن سلوك طرق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية منـه . فاذا أضفنا الى كل ذلك استحداث نظام المؤسسات فى القانون المصرى، وامكان تحقيق ما يبتغيه نظام الوقف من أغراض البر عن طريقها على نحو أفضل وأكثر مرونة وأقل تعقيـدا ؛ ثارت بذلك مشكلة مصير الوقف ، وصح التساؤل عن مدى الفائدة من الابقاء عليه فى وضعه الحالى ، وعما اذا لم يكن من الأفضل اذن الاستغناء بنظام المؤسسات عن المتبقى منه والتوصل بذلك الى توحيد طرق تحقيق أغراض البر والنفع العام المستمرة ؟ «(٢)».

(٢) المؤسسات «(٣)»

٣٦٧ ـ تمهيد

سبق أن أشرنا الى أن قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور نظام المؤسسات فيها ، وأن هـذه الصورة من صـور الأشخاص الاعتبارية صورة مستحدثة فى القانون المصرى أمام انصراف كثير من الناس عن سلوك طريق الوقف لتحقيق ما يريدون من أغراض البر وعدم اتساع هذا الطريق لتحقيق بعض أغراض النفع العام التى لا تحمل معنى البر. وقد تم ادخال صورة المؤسسة فى القانون المصرى على يد التقنين المدنى الجديد الذى عنى بتنظيم أحكامها فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه. وقد رأى المشرع من بعد ـ بمناسبة اعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات ـ أن يعيد تنظيم أحكام المؤسسات ، فأصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ جامعا لأحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة معا ، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدنى.

---

(١) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والوصية بين الفقه والقانون، ١٩٥٨، ص ١٢٥ و١٢٦ .

(٢) قارن مع ذلك : محمد مصطفى شلبى ، هامش ص ١٢٦ و١٢٧ .

(٣) يسميها المشرع فى القانون رقم ١٨٤ لسـنة ١٩٥٦ بالمؤسسات الخاصة ، تمييزا لها ـ باعتبارها من اشخاص القانون الخاص ـ عن المؤسسات العامة وهى من اشخاص القانون العام.

٣٦٨ ـ مقومات المؤسسة

المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد الى ربح مادى (م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة). ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الآتية :

(١) تقوم المؤسسة أساسا على مال أو مجموعة من الأموال كالوقف، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية . فقد يكون منشئوها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون فى تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهى دورهم برصد ما يخصصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود.

(٢) تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أى قصد الى تحقيق ربح مادى. وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التى تستهدف الربح المادى. واذا كانت المؤسسة تتفق وتشترك مع الجمعية فى استبعاد استهداف تحقيق الربح ، الا أنهما يفترقان مع ذلك فى نوع ما يصلحان لتحقيقه من أغراض ، اذ لا تصلح المؤسسة الا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء. واذا كانت المؤسسة كذلك تتفق مع الوقف ـ منذ الغاء الوقف الأهلى «١» ـ فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، الا أن أغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر.

---

(١) كان من شان وجود الوقف الأهلى امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرصد الشخص مالا على تعليم افراد أسرته. أما اليوم وبعد أن الغى الوقف الأهلى ، فلا يتاتى اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية الا عن طريق اعتراف خاص من المشرع (انظر : اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٨) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر فى كل الأحوال.

(٣) تنشأ المؤسسة لمدة معينة ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا.

٣٦٩ ـ انشاء المؤسسة وبدء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بارادة منشئها اذا كان واحدا أو منشئيها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى ما بعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم. ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على أن «يكون انشاء المؤسسة بسند رسمى أو وصية» (م ١/٥٨).

ويعتبر انشاء المؤسسة تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشىء «[١]» ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من أحكام. ولذلك يجوز لدائنيه الطعن فى هذا التصرف ومنع نفاذه فى حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البولصية (م ٢٣٨ مدنى). ولا ينفذ هذا التصرف فى حق الورثة ـ اذا كان وصية أو فى حكمها ـ فيما زاد على ثلث التركة الا باجازتهم. وينبغى أن يكون المنشىء أهلا للتبرع أو الايصاء «[٢]».

ويعتبر السند الرسمى أو الوصية بانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وقد حددها المشرع

---

(١) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائنى المنشىء وورثته بمثابة هبة أو وصية... » (م ٥٩). ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لأن الهبة عقد يتطلب الايجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التى لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة اذ تكفى لذلك ارادة المنشىء وحده (أنظر : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ و١٩٠ . ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩).

(٢) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٠ ، ص ٢٣٥ .

على سبيل الحصر «[١]» ، وهى : اسم المؤسسة ، ومركزها الواجب أن يكون فى مصر ، والغرض من انشائها ، وبيان دقيق للأموال المخصصة له ، وتنظيم ادارة المؤسسة بما فى ذلك اسم مديرها (م ٥٨ / ٢) ، والمصرف المودعة فيه أموالها ، واسم كل من المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته وموطنه ، وقيمة ما ساهم به كل مؤسس «[٢]» ، وموارد المؤسسة وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، وطرق المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام المؤسسة وادماجها أو تقسيمها أو تكوين فروع لها أو تحديد الجهة التى يرجع اليها فى ذلك ، وكيفية تصفية المؤسسة والجهة التى تؤول اليها أموالها (المادة الأولى من قرار وزير الشئون الاجتماعية والعمل رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٧) «[٣]» .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشىء وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك فى الأصل امكان رجوعه فى هذا الانشاء . وظاهر أن الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة — باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته — امكان رجوع المنشىء عن المؤسسة فى أى وقت قبل موته «[٤]» ، فلا توجد المؤسسة الموصى بها اذن الا بموت منشئها مصرا

---

(١) لم ينص المشرع على جزاء معين على اغفال بعض هذه البيانات ، لذلك ينبغى ترك أمر تحديد الجزاء ومدى مناسبته لتقدير القاضى (فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٣١) .

(٢) واذا كان المال الذى ساهم به أحد المؤسسين عملا أو خدمة فنية ، فتقوم نقدا .

(٣) الوقائع المصرية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٥٧ ، العدد ٤٠ .

(٤) فى هذا المعنى :
سليمان مرقس ، ص ٣٦٤ . — شمس الدين الوكيل ، ص ١٣٣ . جميل الشرقاوى ، ص ١٧٦ و١٧٧ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ . — عبد المنعم البدراوى ، ص ٢٣٥ .
وقارن مع ذلك :
شفيق شحاتة ، هامش ص ١٣٧ . — عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ . — محمد سامى مدكور ، ص ١٥٦ .

عليها. أما اذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمى ، فيجوز لمنشئها العدول عنها بسند رسمى آخر بشرط أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة «١» (م ٦٠).

وقد كان مجرد انشاء المؤسسة ، بتحرير السند الرسمى أو بالوصية بها وموت الموصى مصرا عليها ، كافيا — فى ظل أحكام التقنين المدنى الجديد الملغاة — لابتداء شخصيتها ، غير أنه لم يكن يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية قبل الغير الا بعد شهر المؤسسة (م ٣/٧٣ مدنى). ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذا الحكم فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة١٩٥٦، اذ قرر أن الشخصية الاعتبارية لا تثبت للمؤسسة الا بشهر نظامها (م ٦١) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك فى مواجهة الكافة ، وهو حكم بسطه كذلك على الجمعيات كما سبق البيان «٢». ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للأحكام المقررة لشهر الجمعيات (م ٦٢).

وقد كان التقنين المدنى يجعل انشاء المؤسسة فى الأصل حرا دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه أخص «٣». ولكنه عاد فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة «٤» بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة

---

(١) اذا كان قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة قد احتفظ بهذه القاعدة التى كانت مقررة أصلا فى التقنين المدنى ، فيبدو أنها تستوى الآن على أساس أكثر منطقا. اذ من الطبيعى اليوم — وشخصية المؤسسة لم تعد تبدأ منذ نشوئها ، كما كان يقضى التقنين المدنى، بل منذ شهرها — الا يملك المنشىء عليها سلطانا أو قدرة على انهاء حياتها بعد الشهر الذى صارت به شخصا مستقلا عن شخصه.

(٢) انظر سابقا ، ص ٩٧٧ .

(٣) كانت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى تبرر ذلك بأنه « ليس يقبل أن يكون انشاء الأوقاف غير خاضع لرقابة الدولة ، وأن تخضع المؤسسات لهذه الرقابة وهى تبتغى من الأغراض ما يبتغى نظام الوقف » ، (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٤٢٧).

(٤) انظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية انشاء المؤسسات ومبدأ رقابته :

١٩٥٦ ، اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة الاعتراض على انشاء المؤسسات » (م ٦٣) ، وعلى أنه « يجب ، عند انشاء المؤسسة ، الحصول على اذن كتابى من وزارة الشئون الاجتماعية والعمل ، ويرفق هذا الاذن بطلب شهر المؤسسة » (م ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة). ولكنه أحسن بتحديد الأسباب المبررة للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة تحكمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الادارى مراقبة قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، اذ نص على أنه « يجوز لوزارة الشئون الاجتماعية والعمل أن ترفض الاذن بانشاء المؤسسة ، اذا تبين أنها تسعى الى أغراض لا تدخل فى نطاق أوجه النشاط الأكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها » (م ٢٤ من اللائحة التنفيذية) ، وذلك تفاديا لبعثرة الجهود وتخيرا للأصلح والأحوج لكل منطقة.

٣٧٠ — مدى شخصية المؤسسة ونشاطها

(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة : واضح أن المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام ، فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية [١] ، ويقتصر ما يسند اليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بغرضها المحدد فحسب دون غيره من الأغراض خضوعا لمبدأ التخصص الذى سبقت الاشارة اليه [٢].

وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من أهلية وجوب المؤسسات

= Travaux de la semaine internationale de droit. Paris, 1937, t. III, les fondations.

(١) انظر سابقا ، ص ٩١٣ — ٩١٧ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٩١٧ — ٩٢٠ .

والأشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات كذلك بقيد خاص استحدثه بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، من شأنه فرض رقابة ادارية ابتدائية عليها فى شأن ما تكتسبه من حقوق عن طريق الهبات والوصايا ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا والهبات الا باذن من الجهة الادارية المختصة » (م ٦٦) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الأصلى أو من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض.

ولكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات ــ كما سبق البيان «١» ــ مثل ما يرد على أهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عليها الا بالقدر الضرورى لتحقيق غرضها. فتستطيع المؤسسات اذن أن تتملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو جاوزت فى ذلك هذا القدر الضرورى.

(٢) **نشاط المؤسسة ورقابته :** اذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص، فهى تتقيد به كذلك فى شأن نشاطها ككل شخص اعتبارى «٢» ؛ فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساسا غرضا أو أغراضا أخرى.

ويتولى نشاط المؤسسة مدير يقوم بادارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٦٤). ويجب على أى حال ــ كما سبقت الاشارة ــ أن يتضمن سند المؤسسة تنظيم ادارتها وتعيين مدير لها وكيفية استغلال مواردها والتصرف فيها وطرق المراقبة المالية.

وضمانا لالتزام المؤسسة فى نشاطها أحكام القانون وأحكام نظامها وكفالة لحسن ادارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون للادارة سلطات واختصاصات واسعة فى رقابتها وفى تعديل نظامها على

---

(١) انظر سابقا ، هامش (١) ص ٩٨٠ .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٧ .

السواء (م ٦٣) »[1].

١ - ففيما يتعلق بالرقابة ، أعطى القانون الجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هى :

(١) لجهة الادارة المختصة - وهىوزارة الشئون الاجتماعية والعمل - سلطة الاعتراض على بعض القرارات بما يؤدى الى وقف تنفيذها. اذ يجب على مديرى المؤسسات ابلاغها بالقرارات التى تتخذ فىشأن التصديق على الحسابات السنوية ومشروع الميزانية وتقارير المراقبين ومراقب الحسابات ، وفى شأن ترشيح مراقب الحسابات وانتخاب المديرين أو استبدالهم أو فصلهم. ولا تصبح هذه القرارات نافذة الا بعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغها الى الوزارة دون اعتراض عليها ، فاذا اعترضت عليها خلال هذه المدة أوقف تنفيذها (م ٢٦ من اللائحة التنفيذية).

(٢) لجهة الادارة المختصة سلطة عزل المديرين الذين يثبت اهمالهم فى الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملونأموال المؤسسة فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية. وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم فى ادارتها (م ٦٧/١).

(٣) لجهة الادارة المختصة سلطة ابطال تصرفات مدير المؤسسة اذا كانت مخالفة للقانون أو للنظام العام أو كانت مجاوزة حدود اختصاصه المنصوص عليه فى نظام المؤسسة. ويجب أن يكون الابطال خلال سنتين من تاريخ التصرف المراد ابطاله ، ودون أن يترتب عليه اضرار بالغير حسنى النية الذين كسبوا حقوقا على أساس هذه التصرفات (م ٦٨).

---

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المدنى (م ٧٦) من اعطاء هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة.

وفى سبيل تمكين الجهة الادارية المختصة من تحقيق رقابتها على هذا الوجه ، أوجب القانون من جهة على مديرى المؤسسات موافاة هذه الجهة بميزانية المؤسسة وحسابها السنوى مع المستندات المؤيدة لهما وبأية معلومات أو بيانات أو مستندات أخرى تطلبها هذه الجهة (م ٦٥) ، وأعطى لوزارة الشئون الاجتماعية ـ عن طريق مفتشين يندبهم وزيرها ـ سلطة فحص أعمال المؤسسات وقرارات مديريها والتحقق من مطابقتها للقانون وللسند المنشىء لها (م ١/٢٥ من اللائحة التنفيذية).

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة فى شأن المؤسسات عموما ، فلوزارة الشئون الاجتماعية والعمل سلطة تعيين ممثل أو أكثر لها فى مجالس ادارة المؤسسات التى تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور (م ٢/٢٥ من اللائحة التنفيذية).

٢ ـ **وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة** ، أعطى القانون جهة الادارة المختصة سلطة تخفيف أو الغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة فى سند انشائها ، اذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها (م ٢/٦٧).

٣٧١ ـ انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختيارى والحل الاجبارى على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الاجبارى وحده دون الحل الاختيارى لأنها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص.

ويقرر القانون أنه يسرى على المؤسسة من حيث حلها حلا اجباريا وتصفيتها «[1]» ما يسرى على الجمعيات من أحكام (م ٦٩) ، ما يعنى أن

---

(١) يخضع القانون المؤسسات كذلك لنفس أحكام الجمعيات فيما يتعلق بادماجها وتقسيمها ، وانشاء فروع لها ، وتعيين مدير مؤقت لادارتها ، وجواز تحويلها الى مؤسسة ذات نفع عام ، وحظر انتسابها أو انضمامها الى جمعيات

=

مثل هذا الحل لا تملكه الادارة ، بل يجب أن يصـدر به حكم قضائى ، وذلك فى حالة عجز المؤسسة عن الوفاء بتعهداتها ، أو تخصيص أموالها أو أرباح أمـوالها لأغراض غير التى أنشئت من أجلها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة لنظامها أو أية مخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب (م ٣٦)۰ وتجرى التصفية وفق الأحكام المقررة فى سند انشاء المؤسسة ، والاوجب على المحكمة التى أصـدرت قرار الحـل — متى صار نهائيا — أن تعين مؤسسة أخـرى يكون غرضها هو الأقرب الى غرض المؤسسة المحلولة بحيث يوجه المتبقى من أموال هذه الأخيرة اليها (م ٣٩)۰

= أو هيئات أو مؤسسات فى الخارج أو تسلمها منها أو ارسالها اليها امـوالا قبل استئذان الجهة الادارية المختصة (م ٦٩)۰

وكذلك عامـل المشرع المؤسسات نفس معـاملة الجمعيات فيما يتعلق بالعقوبات الجنائية على ارتكاب الجرائم المحددة فى المادتين ٧١ و٧٢، والتى تصيب مرتكبها ، ومدير المؤسسة (م ٧٣) بل وقد تصيب المؤسسة ذاتها بما للمحكمة من حق الحـكم باغلاق مقرها أو فروعها لمدة محددة أو غير محددة (م ٧٤)۰

(انظر كذلك سابقا ، ص ٩٨٦ و٩٨٧)۰

الفصل الثـــاني

محل الحق

٣٧٢ ــ تمهيد وتقسيم

اذا كان للحق صاحب ، فله كذلك محــل. وفى هذا الصـــدد ينبغى اجتناب الخلط بين « محــل الحق » (l'objet du droit) وبين « مضمون الحق » (le contenu du droit) »([1]). فمضمون الحــق هو السلطات أو المــكنات التى يعطيها الحــق ويخولها لصاحبه ، بينما محــل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق ــ بمضمونه هذا ــ من شىء أو عمل. فمضمون حــق الملــكية مثــلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاســتغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشىء الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محــل هذا الحق.

ومحل الحق ــ كما سبق البيان ــ قد يكون شيئا وقد يكون عملا. والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أشياء هو الحق العينى الذى يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شىء مادى ، وكذلك فالحق الذهنى محله شىء من الأشياء ، وان كان شيئا معنويا غير مادى هو الخلق الذهنى أو الفكرى. والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية اذ هو سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هــذا العمل ايجابيا أو سلبيا.

فنقسم الــكلام فى محل الحق اذن الى مبحثين :

المبحث الأول ــ فى الأشياء.

المبحث الثانى ــ فى الأعمال.

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., pp. 168, 169.

المبحث الأول
الأشيـاء

٣٧٣ ـ مدلول الشيء

المقصود أصلا بالشيء كل ما لا يعـد شخصا ، ويكون له كيان مادى مستقل يصلح للتحمل بحقـوق الأشخاص «١» ؛ ولذلك كان الرقيق ــ فى الشرائع القديمة التى تنكر شخصيته ــ معدودا من الأشياء ، وصالحا بهذا الوصف لأن يكون محـلا للحقوق «٢». أما اليوم وقد عمت الشخصية كل أفراد الناس دون استثناء ، فلم يعد أى منهم معـدودا من الأشياء ؛ بل ولا تعتبر أشياء كذلك ــ كما رأينا ــ أجزاء الجسم الانسانى وأعضائه طالما لم تنفصل عنه ، فاذا انفصلت عنه وأصبح لها كيـان ذاتى مستقل أمكن حينئذ النظر اليها بوصفها أشياء ومحلا للحقوق «٣» .

ولـكن قصر الأشياء محل الحقـوق على الأشياء المادية وحدها ليس له ما يبرره رغم أن هذه الأشياء المادية هى الغالبة ، اذ ثم أشياء ــ كأفكار المؤلفين وآثار الفنانين واختراعات المختـرعين ــ لها من الـكيان الذاتى المستقل عن أشخاص مبتكريها ما يجعلها ــ وهى مجـرد أشياء معنوية ــ صالحة كذلك لأن تكون محلا لحقوق معينة. من أجل ذلك ، لم تلبث فكرة الأشياء كمحل للحقوق أن اتسعت ، وصارت تعبر اليوم عن كل ما له كيان ذاتى منفصل عن الانسان سواء كان هـذا الـكيان ماديا يدرك بالحس أو معنويا لا يدرك الا بالتصور. وقد أكد المشرع المصرى هـذا المعنى بنصه على أن « الحقوق التى ترد على شيء غيرمادى تنظمها قوانين خاصة » (م٨٦ مدنى) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Mazeaud. Droit civil, t. I, No. 173.

(٢) انظر سابقا، متن وهامش (٣) ص٧١٢ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٥٨٣ .

واذا كان الشيء ـ ماديا أو معنويا ـ يصلح على هذا النحو محلا للحق، فقد سبق أن رأينا أنه ليس محلا لكافة أنواع الحقوق وانما هو محل لبعضها دون البعض. فهو يصلح محلا للحقوق القائمة على أساس من روابط التسلط، لأن التسلط لا يتصور منصبا الا على الأشياء ؛ ولذلك يصلح الشيء محلا للحق العيني وللحق الذهني ولبعض حقوق الشخصية كالحق في الاسم ، مع مراعاة أن محل الحق العيني هو الشيء المادي ومحل الحق الذهني والحق في الاسم هو الشيء المعنوي. أما الحقوق التي تقوم على أساس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها ـ كما هو واضح وكما سبق البيان ـ هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء «١» .

٣٧٤ ـ التمييز بين الشيء والمال

من الشائع الخلط بين « الشيء » و« المال » ، وتسمية الأشياء باسم الأموال. غير أن من الواجب توقي هذا الخلط ، فلكل من الاصطلاحين مدلول خاص قائم بذاته ومتميز عن مدلول الآخر. ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية «٢» ، أيا كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا أو عملا ؛ وبذلك يعتبر مالا الحق العيني والحق الذهني في وجهه المالي وحق الدائنية. أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التي تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التي تخول الاقتضاء .

وقد بصر المشرع المصري بهذا التمييز الأساسي بين الشيء والمال ، فأورد في الفصل الثالث من الباب التمهيدي للتقنين المدني الجديد تقسيمات للأشياء وأخرى للأموال ، ونص ـ في مجال المقابلة بين الأشياء والأموال ـ

---

(١) انظر سابقا ، هامش (١) ص ٦١١ .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٥٧ .

على اعتبار الأولى محلا للثانية «١» .

٣٧٥ ــ الأشياء المعنوية

قلنا انه يستوى فى الشىء الذى يصلح محـلا للحق أن يكون له كيان ذاتى ، سواء كان ماديا أو مجرد كيان معنوى تصورى. ومن الأمثلة الظاهرة على الأشياء المعنوية ما سبقت الاشارة اليه عند الـكلام فى حق المؤلف من كل ما يعـد مصنفا أى ابتكارا فكريا أو خلقا ذهنيا معينا. وكذلك تعتبر أشياء معنوية : الاختراعات القابلة للاستغلال الصناعى والتى يحميها القانون بمنح براءات بها «٢»، والعلامات والبيانات والأسماء والعناوين التجارية «٣»؛ وتعتبر كلها محلا للحقوق المتعلقة بالعملاء. وكذلك تعتبر أسماء الأشخاص الطبيعيين أشياء معنوية ، وتصلح محلا لحق من حقوق الشخصية هو حـق الاسم .

ومن الأشياء المعنوية كذلك بعض مجموعات الأشياء التى ينظر اليها فى التصور ككتلة ذاتية مستقلة فى مجموعها عن مفردات العناصر المـكونة لها. ومثلها البارز اليوم « المحل التجارى » (le fonds de commerce) ، الذى ينظر اليه فى مجموعه كشىء معنوى مجرد له كيانه الذاتى المستقل عن

---

(١) اذ تنص المادة ١/٨١ من التقنين المدنى على ان «كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ، يصح أن يكون **محلا للحقوق المالية**».
ولكن يؤخذ على هذا النص انه يشعر بأن الشىء يصلح محلا لكافة الحقوق المالية ، بينما هو يصلح محلا للبعض منها فحسب دون البعض الآخر كما سبق البيان (انظر كذلك فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٧٨ ؛ وكتابنا فى الحقوق العينية الأصلية ، فقرة ١٨ ، ص ٥٧). ويشعر هذا النص كذلك بأن الشىء لا يصلح محلا الا للحق المالى وحده ؛ واذا كان هذا هو الغالب والأساسى، فليس بقاعدة مطلقة مطردة، على الأقل فى شأن الأشياء المعنوية التى يبدو أن هذا النص لم يكن يواجهها ، اذ من هذه الأشياء ما يصلح محلا لحق غير مالى كالاسم ، ومنها ما يصلح فى نفس الوقت محلا لحق مالى وحق غير مالى كالانتاج الفكرى عموما أو المصنف الذى يصلح ــ كما رأينا ــ محـلا لحق المؤلف المالى ولحقه المعنوى على السواء .

(٢) انظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٨٦٨ ــ ٩١٨ .

(٣) انظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٣٥ ــ ١٠١٤ .

العناصر المكونة له ، سواء كانت مادية كالبضائع والمهمات ، أو معنوية كالسمعة التجارية والاتصال بالعملاء والاسم التجارى والعنوان التجارى والحق فى الاجارة والرخص والاجازات وبراءات الاختراع وحق المؤلف «١» . والنظرة الى المحل التجارى كمجموع مستقل عن عناصره مرده تخصيص هذه العناصر بغرض مشترك معين وتجمعها حول تحقيق هذا الغرض ؛ وهو ما يؤدى الى اخضاع المحل التجارى كمجموع معنوى لنظام قانونى مستقل ومختلف عن النظام القانونى الذى يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة «٢» ، والى اعتباره فى مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيع والرهن «٣» والايجار .

٣٧٦ — الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا ان الشيء المادى هو محل الحق العينى . ولكن ليست كل الأشياء المادية محلا صالحا للحق العينى ، بل ينبغى — لصلاحيتها لذلك — أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ؛ وهذا ما ينص عليه المشرع بقوله « ١ — كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . ٢ — والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » (م ٨١ مدنى) .

ومن ذلك يتبين أنه يشترط أساسا — للصلاحية محلا للحق العينى — أن تكون الأشياء المادية قابلة للحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار والانفراد . أما الأشياء التى لا تقبل الاستئثار بحيازتها — كالمياه فى البحار ، وأشعة

---

(١) انظر فى تفصيل عناصر المحل التجارى :
مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرات ٧٦٢ وما بعدها .

(٢) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٧٦٢ ، ص ٧٥٤ .

(٣) انظر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها .

الشمس وضــوء القمر فى الــكون ، والهــواء فى الجــو ـ فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محــلا للحق العينى. غير أن هــذه الأشياء ، اذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجــودها وأمكن بذلك احرازها وحيازتها ، تصبح قابلة لأن تكون محلا للحق العينى ، مثــل كمية من الهواء تضغط فى وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز فى اناء .

وقد تكون الأشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحراز على ســبيل الاستئثار والانفراد ، ومع ذلك لا تصلح محــلا للحق العينى ، اذا اعتبرها القــانون حكما غير قابلة للاحراز بتحريمه حيازتها والتعــامل فيها كالمخدرات بأنواعها «[١]» .

وتقسم الأشياء المادية تقسيمات عــدة ، عرض التقنين المدنى لأهمها ، فأبرز فى طليعتها التقسيم الرئيسى الىعقارات ومنقولات، ثم عرض لتقسيمين آخــرين للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمية «[٢]».

---

(١) ولا يغير من ذلك اجازة التعامل استثناء فى هذه الأشياء كاجازة بيع المخدرات لأغراض طبية (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٠).

ويذهب بعض الفقهاء الى أن الأشياء العــامة التى للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة لمنفعة عامة ـ وهى التىتسمى « الأموال العامة » تجوزاً (م٨٧مدنى)ـ تعتبر خارجة عن التعامل بحكم القانون فلا تصلح بالتالى محلا للحق العينى ، لامتناع التصرف فيها وحجزها وتملكها بالتقادم . ولكن هذا القول غير دقيق ، فهذه الأشياء ، من ناحية ، محل لحق ملــكية الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، كل ما هنالك أنها ملكية يحكمها مبدأ التخصيص للمنفعة العامة ، وهذا ما يبرر كل القيود التى ترد على هذه الملــكية بقصد كفالة هذا التخصيص. وهى، من ناحية أخرى ، قد تكون محلا لبعض الحقوق الأخرى ، كحقوق الارتفاق ، حيث لا يتعارض تقريرها مع تخصيص هــذه الأشياء للمنفعة العامة (م ١٠١٥/٢ مدنى).

(انظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى الحقــوق العينية الأصلية ، ص ٥٩ ـ ٦١) .

(٢) تنصرف هذه التقسيمات فى الأصل الى الأشياء المادية وحدها. غير أن المشرع يخرج أحيانا على ذلك فيخضع الأشياء المعنوية لبعض هــذه التقسيمات، وخاصة حين يعتبر كل الأشياء المعنوية منالمنقولاتكما سنرى.

فنبحث فيما يلي بايجاز (١) كل تقسيم منها فى مطلب على حدة .

المطلب الأول

العقارات والمنقولات

٣٧٧ — أساس التقسيم (٢)

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات .
وقد نصت على هذا التقسيم المادة ١/٨٢ من التقنين المدنى بقولها « كل شىء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول » .

وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم طبيعي يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء وثبات البعض منها واستقراره فى مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التى تحكم النوعين من الأشياء .

وهذا الأساس الطبيعي هو الذى ينبغى اتخاذه أساسا وحيدا للتقسيم. ومع ذلك ، فقد كان هذا الأساس الطبيعى متواريا فى القرون الوسطى — بالنظر الى أهمية الأرض حينئذ واعتبارها عنوانا للثروة والقوة الاقتصادية — وراء أساس اقتصادى بحت ، فقامت التفرقة بين العقارات والمنقولات باعتبار ما تمثله من قيمة اقتصادية كبيرة أو تافهة لا باعتبار ما تمثله من ثبات أو حركة. وبذلك غدت النظرة الأساسية الى العقارات حينئذ باعتبارها الأشياء ذات القيمة لا الأشياء الثابتة، والى المنقولات باعتبارها الأشياء الحقيرة التافهة

---

(١) أما تفصيل هذه التقسيمات فمجاله عند دراسة الحقوق العينية، اذ هى تقسيمات للأشياء المادية باعتبارها محلا للحق العينى. وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الأصلية، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات (راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢١ — ٣٩ ، ص ٦٦ — ١١٨).

(٢) انظر فى اصل التفرقة بين العقارات والمنقولات وتاريخها :

Josserand, op. cit., t. I, No. 1341. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 88 - 90. — Planiol, Ripert et Picard, op., cit., t. III, No. 64. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 176 - 179. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 309 - 310.

حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، فقرة ٢٢ .

القيمة لا الأشياء غير الثابتة ، وأحيطت العقارات بالتالى ـ دون المنقولات ـ بسياج من القواعد والقيـود والنظم التى تتفق مع أهميتها الاقتصادية ومع ضرورة حصرها لذلك فى يد الطبقات العليا التى كانت تستحوذ عليها .

غير أن تطور الحيـاة الاقتصادية وازدياد قيمة كثير من المنقولات غير الثابتة ، لم يلبث أن حمل القوانين الحديثة على العدول عن هـذا الأساس الاقتصادى المصطنع والرجـوع الى التقسـيم الطبيعى المنطقى الذى كان يعرفه الرومان للتفرقة بين العقارات والمنقولات بحسب ثباتها أو حركتها ؛ ولـكنها لم تفلح فى التخلص تماما من كل أثر للتفرقة الاقتصادية المنتقدة ، فما زالت تبقى على بعض هذه الآثار الى اليوم رغم زوال أساسها .

٣٧٨ ـ اهمية التقسيم

اذا كان تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقـولات أمرا واجبا ومنطقيا على أساس اختلافها الطبيعى من حيث الثبات والحركة ، فان هذا الاختلاف الطبيعى لا بد مستتبع حتما اختـلافا فى النظم والقواعـد التى تحكم كلا منها . هذا فضلا عما لا يزال متبقيا من ذيول الاختلاف الاقتصادى القديم بينها ، رغم عدول القوانين الحديثة اليوم عن اتخاذ هـذا الاختلاف أساسا لهذا التقسيم . فنعرض فيما يلى بايجـاز للآثار المختلفة المترتبة على هـذا التقسيم ، سـواء منها المبنى على الأسـاس الطبيعى ، أو المعتبر من ذيول الأساس الاقتصادى .

١ ـ كان من الحتم ، أمام ثبـات العقارات واسـتقرارها ، ضرورة اخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقـوق عينية عليها لاجراءات شهر معينة ، من تسجيل اذا كانت خاصة بحقوق عينية أصلية أو قيد اذا كانت خاصة بحقـوق عينية تبعية (م ٩ و١٢ من قانون الشهر العقارى) . أما مثل هـذه التصرفات الواردة على منقولات ، فمن العسير تصور اخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدى .

٢ ـ ما دامت لا توجـد اجراءات معينة تجعل تقرير الحقـوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للـكافة كما هى الحـال فى العقارات ،

ونظرا لسرعة تداول المنقولات فى الأيدى سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبار الحيازة فى المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته. بينما الأمر يختلف عن ذلك فى العقارات نظرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك فى دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة العقار من الأثر القانونى ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهى خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة .

٣ ـ اذا كان الحق العينى يخول صاحبه سلطة أو حق تتبع الشىء فى أى يد يوجد ، الا أن ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الأمر فى شأنه باختلاف طبيعة هذا الشىء وهل هو عقار أو منقول. فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار. ولكنه معطل كقاعدة عامة فى المنقول حيث تعتبر الحيازة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بامكان تتبعها ، كما هو الشأن فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص. بينما يحتاج الأمر عادة فى ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو ما يتضح فى صورة الرهن الحيازى .

٤ ـ ما دام العقار ثابتا ومستقرا فى مكان معين ، فيكون طبيعيا أن يتحدد الاختصاص المحلى فى الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة فى شأنها أصلا هى المحكمة الواقع فى دائرتها العقار (م ١/٥٦ مرافعات). بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظرا لحركته وكثرة تداوله بين الأيدى ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى فى الدعاوى المنقولة بهذا المحل، ولذلك يجعل الاختصاص فى شأنها للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٥٥ مرافعات) .

٥ ـ يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الأولى أكثر سرعة وأقل تعقيدا من الثانية. وليس لهذه التفرقة من معنى الا على أنها بعض ذيول الأساس الاقتصادى المنتقد للتفرقة بين العقارات والمنقولات .

٦ ـ يقيد القانون أهلية الجمعيات ـ كما سبق البيان «[1]» ـ فى اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد فى الحقوق الواقعة على منقولات. ومثل هذا الحكم بعض صدى النظرة الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أرفع قيمة من المنقولات .

٧ ـ لا ترفع دعوى تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل ، بسبب وجود غبن فى البيع يزيد على الخمس ، الا اذا كان المبيع عقارا مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (م ٤٢٥ مدنى) ، فلا ترفع عن غبن يزيد على الخمس فى بيع منقول مملوك له. وهذا الحكم كذلك بعض بقايا التفرقة التقليدية الاقتصادية البالية بين العقار والمنقول .

٨ ـ عند تصفية التركة ، يجب على المصفى أن يقوم بوفاء ديونها من ثمن ما فيها من منقولات ، ولا يلجأ الى بيع ما فيها من عقارات للقيام بهذا الوفاء الا عند عدم كفاية ثمن المنقولات (م ٨٩٣ مدنى). وهذا من بقايا النظرة الاقتصادية القديمة الى قلة قيمة المنقولات ، مما يسوغ البدء ببيعها .

§ ١ ـ العقارات
Les Immeubles

٣٧٩ ـ الأصل والاستثناء

يقصد بالعقارات الأشياء ذات الأصل الثابت الممتنعة على النقل منه دون تلف ، فهى اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة. غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك اذا خصصت لخدمة

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٦٠ .

عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة. فنعرض فيما يلى لهذين النوعين من العقارات .

٣٨٠ ـ العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة الأشياء ذات المستقر الثابت الذى لا يمكن نقلها منه دون تلف (م ٨٢/١ مدنى) «١» . وفى مقدمة هذه العقارات الأراضى ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء. وكذلك ما يكون فى جوفها من مناجم ومحاجر . وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها ؛ أما النباتات التى توضع فى أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو مغروسة فى الأرض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض أو فى جوفها من أبنية ثابتة مستقرة «٢» ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء «٣» ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ؛ أما المبانى التى لا تكون مثبتة فى الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهى منقولات، كخيام البدو ومخيمات الجوالة والكشافة والأكشاك الخشبية غير المثبتة فى الأرض .

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الأشياء واستقرارها فى الأرض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا

---

(١) انظر فى اختلاف القانون الوضعى المصرى فى تحديده للعقار عن السائد فى الشريعة الاسلامية وخاصة عند فقهاء الحنفية ، كتابنا سالف الذكر هامش (١) ، ص ٧٣ .

(٢) انظر فى الخلاف حول وصف وتكييف الأجزاء اللازمة والمتممة للأبنية : — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No. 104. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 88.

شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العينى، ١٩٥١، فقرات ٤٤ و٤٦ . ـ محمد على عرفه ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة، ١٩٥٤، فقرة ٤٧ . ـ حسن كيره، المرجع السابق ، ص ٧٤ و٧٥ .

(٣) نقض ٣١ يناير سنة ١٩٤٦، مجموعة عمر، ج ٥، رقم ٣٦ ص ٩٣ .

فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت، كأنقاض البناء المهدوم والمعادن المستخرجة من الأرض والأحجار المقتطعة منها والنباتات والمزروعات المجنية .

٣٨١ — العقارات بالتخصيص «(١)»

(١) اساس فكرة العقار بالتخصيص : اذا كانت القاعدة أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف (م٨٢/١ مدنى) ، الا أن ثم استثناء هاما يرد على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الأشياء واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر — رغم طبيعتها المنقولة — عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٨٢/٢ من التقنين المدنى بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (immeuble par destination) هى مجرد افتراض أو حيلة قانونية «٢» يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 75 - 88. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 110 - 124. — De Page, Traité de droit civil Belge, t. V, Nos. 644 - 677.

محمد كامل مرسى، شرح القانون المدنى الجديد، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ ، ١٩٤٩، فقرات ٤٤ — ٧٤ . — شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرات ٤٥ — ٥٢ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٥٢ — ٧٨ . — حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرات ٢٦ — ٢٩ ، ص ٧٦ — ٩٩ .

(٢) انظر فى انتقاد تأسيس فكرة العقار بالتخصيص على الافتراض ، ومحاولة تأسيسها — وهو ما تأخذ به بعض القوانين الحديثة — على فكرة التبعية :

Josserand, op. cit., t. I, No. 1352. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 77. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No 315.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فكرة ٤٥ . — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٢٠١ . — محمد سامى مدكور ، ص ١٨٨ و١٩٣ و١٩٤ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٠٢ .

وانظر فى مناقشة فكرة التبعية : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧ و٧٨ .

أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استغلاله كفالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعا لما قد يجره الابقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالى لنظم مخالفةللنظم التى يخضع لها العقار الذى تتبعه من امكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته أو استغلاله. فعن طريق اعطاء هذه المنقولات الصفة العقارية حكما وافتراضا ، يمكن توحيد النظم والقواعد القانونية التى تحكمها هىوالعقار المخصصة لخدمته أو استغلاله ، وربط مصيرها بالتالى بمصيره .

(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص : يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص أن يتحقق أولا تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، وأن تكون هذه المنقولات ثانيا مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه (م ٢/٨٢). فنعرض فيما يلى لكل من هذين الشرطين :

١ ـ تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة او استغلال عقار بطبيعته :

ينبغى لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله. وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أواستغلال العقار تخصيصا مؤبدا أودائما «[١]»، بل يكفى أن يكون ملحوظا فيه صفة الثبات والاستمرار. ويشترط فى التخصيص أن يكون عينيا لا شخصيا، أى لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه «[٢]» ؛ فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر عقارا

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, t. III op. cit., No. 84. — De Page, op. cit., t. V, No. 670. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.
حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٠ و٨١ .

(٢)
Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.
شفيق شحاته ، المرجع فقرة ٤٧ ، ص ٦٤ . ـ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٠٥ و١٠٦ .

بالتخصيص، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الأرض نفسها. ولا يشترط فى التخصيص أن يكون بالقدر الضرورى لخدمة العقار أو استغلاله «[١]» ، فيبدو أنه يكفى مجرد نفعه وفائدته. ويستوى بعد ذلك أن يكون التخصيص لخدمة عقار أو لاستغلاله .

فتعتبر عقارات بالتخصيص للخدمة : ما يوضع فى دور العبادة لخدمتها من سجاجيد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة ، وما يوضع فى المدارس ودور التعليم لخدمتها من مقاعد ومناضد وسبورات وكتب وأدوات وأجهزة معامل ، وما يوضع فى المستشفيات ودور العلاج لخدمتها من أسرة ومقاعد وأجهزة وأدوات طبية مختلفة وعقاقير .

وتعتبر عقارات بالتخصيص للاستغلال ، ما يرصد على استغلال الأرض زراعيا من آلات مختلفة وأسمدة وبذور وحيوانات أو ماشية ، وما يرصد على استغلال المصانع من عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المصنوعة ، وما يوضع فى المسارح ودور السينما لاستغلالها تجاريا من أثاث ومقاعد غير مثبتة وستائر ومناظر وآلات وملابس ، وما يوضع فى الفنادق من أثاث ومفروشات ، وما يوجد فى المحال التجارية من رفوف وخزائن ومقاعد وما يتبعها من عربات لنقل البضائع .

٢ ـ **وحدة مالك العقار والمنقولات ، وصدور تخصيصها منه :** اذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، فلا يكفى ذلك لاثبات صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب الى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه ، والمادة

---

(١) فى هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٧ . ـ شفيق شحاته ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧، ص ٦٥ . ـ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٢ و٨٣ .

De Page, op. cit., t. V, No. 671.

ولكن السائد فى القانون الفرنسى عكس ذلك ، انظر :

Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, thèse précitée, No. 75.

٨٢/٢ من التقنين المدنى صريحة فى اشتراط ذلك. وهذا الاشتراط طبيعى ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور الا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك أو التفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة — أى العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله — فى ملك شخص واحد »(١) ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم ارادة المالك ، اذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هذا الفصل متوقعا وطبيعيا .

وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستأجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبه على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التى يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله ، أو حتى يشتريها ولكن بعقد معلق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن اذا قام برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام هذا الوفاء .

واذا كان مشترطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لأحد الشركاء المشتاعين فى ملكية عقار اذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 80. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV No 114. — De Page, op. cit., t. V No. 645 — Gulfe, thèse précitée, No. 62. p. 144.

حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ٨٨ .

الشائع «١» .

ولا يكفي تحقق وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله، بل ينبغي أن يصدر هذا التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل لحسابه. ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الأدوات الزراعية أو الماشية المخصصة لاستغلال الأرض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الأرض ، اذا كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك، كما لو قام بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، الا اذا كان نائبا فى ذلك عن المالك .

(٢) **حكم العقار بالتخصيص :** اذا توافر الشرطان السابقان : شرط التخصيص وشرط وحدة المالك ، فان المنقول المرصود على خدمة أو استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، فيسوى بذلك فى الحكم بالعقار الذى رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما فى المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص «٢» .

وعلى هذا النحو ، لا يجوز الحجز على العقارات بالتخصيص حجز

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 80.

محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٠ . — شفيق شحاته المرجع السابق ، فقرة ٤٦ ، ص ٦٣ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٨ .

وانظر مع ذلك حكما عكسيا لمحكمة النقض المصرية فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، س ٦ ، رقم ٨٤ ص ٦٣٩ . ولكن انظر فى انتقاده : اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول : حق الملكية ، ١٩٥٨ هامش (١) ص ١٧٠ . — حسن كيره ، المرجع السابق، هامش (١) ص ٨٩ و ٩٠ .

(٢) ولكن اذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تأخذ حكم هذا العقار وتتبعه فى مصيره ، الا أن ذلك لا ينفى أن هذه المنقولات تظل محتفظة بذاتيتها وفرديتها — على عكس المنقولات التى تثبت فى عقار تثبيتا ماديا وتندمج فيه نهائيا بحيث تفقد ذاتيتها وتصبح عقارات بالطبيعة وهو ما يبرر فى أحوال خاصة الخروج على المبدأ العام القاضى بمعاملتها معاملة

المنقــول ، ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصــودة على خــدمته أو استغلاله. ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به ــ دون حاجة الى نص أو شرط خاص ــ ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا أن ينص على خلاف ذلك .

(٤) زوال صفة العقار بالتخصيص (١): اذا كانت ارادة المالك تملك فى حدود القانون اعطاء بعض المنقولات وصف العقار بالتخصيص ، فيكون من المنطق تعليق زوال هذا الوصف عنها على ارادة من المالك بذلك تستعلن استعلانا ظاهرا وكافيا يكون معلوما للغير ، بما يفيد الغاء التخصيص القائم أو فصم وحدة ملــكية العقار الأصلى والعقارات بالتخصيص المرصــودة على خدمته أو استغلاله ويؤدى الى الفصل الفعلى المادى بينهما، سواء كان ذلك بعمــل مادى أو تصرف قانونى. فتعود للعقارات بالتخصيص اذن صفة المنقول بقيام المالك بنقلها من العقــار الأصلى بقصد فصلها عنه وقطع رابطة التخصيص بينهما واستخدامها فى أغراض أخــرى ، أو بقيامه ببيعها على حدة أو ببيع العقار الأصلى واحتفاظه بها .

=

العقارات من كل الوجــوه وفى مواجهة الجميع. ولذلك لا يفقــد بائع المنقولات امتيازه على المنقول المبيع، بوصفه امتيازا على منقول، بقيام المشترى برصده على خدمة او استغلال عقاره واعطائه بذلك طبقا للأصل وصف العقار بالتخصيص، ولــكن بقاء هــذا الامتياز قائما يرتهن بعدم الاخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية على المنقول المبيع (م ١١٤٥/١ مدنى) (انظر فى ذلك وفيما يثيره هذا الوضــع من تزاحم بين أصحاب الحقــوق المختلفة : عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢٩ و٦٢٤، محمد على عرفه ، المرجع السابق، فقرة ٥٦ . ــ شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجــديد ، الجزء الأول فى النظم القانونية للتأمينات العينية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٨٩ . ــ حسن كيره ، المرجــع السابق ، ص ٩٢ ــ ٩٥) .

(١) راجع فى تفصيل ذلك :
حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٥ــ٩٩ .

§ ٢ ـ المنقولات
Les Meubles

٣٨٢ ـ الأصل والاستثناءات

بعد أن عرف المشرع العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف ، ترك تعريف المنقول يستنبط عن طريق الاستبعاد ، وذلك بقوله « وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » (م ٨٢/١ مدنى) . وعلى هذا النحو ، فكل شيء لا تتوافر له صفة العقار ـ أى صفة الاستقرار والثبات فى حيزه ـ يعتبر منقولا بالطبيعة . غير أن ثم استثناءات ترد على هذا الأصل ، اذ تعتبر بعض الأشياء ـ خلافا لطبيعتها ـ منقولات بحكم القانون ، هى المنقولات بالمآل والمنقولات المعنوية .

٣٨٣ ـ المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة الأشياء المادية غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف «١» . ومن أمثلتها الحيوانات ، والسيارات ، والسفن ، والطائرات «٢» ، وأثاث المنازل ، والكتب ، والبضائع ، والمأكولات ، والمشروبات .

٣٨٤ ـ المنقولات بالمآل «٣»

يقصد بالمنقولات بالمآل أشياء هى بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما وافتراضا وصف المنقولات باعتبار أنها ستصير كذلك

---

(١) ليس الانتقال الفعلى شرطا لاعتبارها من المنقولات ، وانما يكفى مجرد قابليتها للحركة والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء فى مكان معين ، كالعائمات الراسية على ضفاف الأنهار .

(٢) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص متميز عن النظام الذى تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهرمعين وأمكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات من هذه الوجوه ، الا ان ذلك لا يغير من شيء من طبيعتها المنقولة .

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Fréjaville, Des meubles par anticipation, thèse, Paris, 1927. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, Nos. 108 - 109. — Planiol,

=

فى القريب »(١) • ومثل هذا الافتراض القانونى انما تبرره الغاية منه • ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة ـ اما بحسب طبيعتها واما بارادة الأفـراد ـ لـكى تصير منقولات بالطبيعة فى القريب ، فيكون من النـافع استباق هذا المآل القريب دون التربص بحلوله واخضاعها لحـكم المنقول لا لحـكم العقار ، تيسيرا فى الاجراءات وتخفيفا من القيود فيما قـد يرد عليها من تصرفات أو حجوز •

ومن أمثلة هذه المنقولات بالمآل : الأشجار المعدة للقطع، والمبانى المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الاحجار المعـدة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم أو المحاجر •

(ا) ثبوت صفة المنقول بالمآل: لم يضع المشرع قاعدة عامة فى شأن اعتبار بعض العقـارات منقولات بالمآل ، ولـكنه فى نصوص خاصة قليلة عامـل العقارات المعدة للانفصال عن أصل ثباتها واستقرارها معاملة المنقـول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وانما باعتبارها مآلها المستقبل• ومن قبيـل ذلك ما ينص عليه تقنين المرافعات من اتباع اجراءات حجز المنقـول بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، وعدم جواز هذا الحخز قبل نضجها بأكثر من خمسة وخمسين يوما والا كان الحجز باطلا (م ٤٩٩)• ومن هذا القبيل كذلك، أن التقنين المدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصـة الواقعة على منقول :

=
Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 102 - 106. — De Page, op. cit., t. V, Nos. 723 - 733.

اسـماعيل غانم ، المرجـع السابق ، ص ٩٣ ـ ١٠١ • ـ حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرات ٣٢ ـ ٣٥ ، ص ١٠١ ـ ١١٣•

(١) ينبغى اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الأشياء المستقبلة، فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلة وانماهى أشياء موجودة متحققة، ولـكن طبيعتها القانونية وحدها هى المتأثرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الأشياء فى المستقبل (انظر فى التفرقة بين المنقولات بالمآل والأشياء المستقبلة :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 108. — De Page, op. cit., t. V, No. 728

اسماعيل غانم ، المرجـع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٩٧ • ـ حسن كيره ، المرجع السابق ، ص ١٠٢)•

امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد، على المحصول الذى صرفت فى انتاجه (م ١/١١٤٢) ؛ وامتياز مؤجر الأراضى الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعى (م ١/١١٤٣)، رغم أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلص من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة فى هذا الشأن بمقتضاها يكون اعتبار بعض العقارات منقولات بالمآل اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه فى القريب من فصل مؤكد عن أصل ثباتها يصيرها منقولات بالطبيعة. فما دام المآل المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل. ولذلك يشترط ، لثبوت وصف المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

١ — يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصير منقولات بالطبيعة، وذلك بالاتجاه الى فصلها عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور فى ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الأشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفى لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف فى هذه الأشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ؛ فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الأشياء وتصييرها منقولات بالطبيعة فى القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الأشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقى قريب ، وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الأرض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا

وجد التزام على عاتق المشترى بهدمه «١» .

٢ ـ يجب أن يكون المصير المحقق ـ فى نظر المتعاقدين ـ للعقارات المتعاقد عليها هو التحول فى القريب الى منقولات بالطبيعة ، فلا يكفى اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات فى القريب عن أصل ثباتها واستقرارها، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته فى القريب منقولا بالطبيعة .

وعلى ذلك لا يكتسب العقـــار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين «٢»، أو اذا لم يحـــدد موعد قريب فى التعاقد لمثل هـــذا التحويل أو لم يكن مثل الموعد قابلا للتحديد .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان ، فان صـــفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقـــد «٣» . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام، فلا يكون من اللازم تسجيل هذا العقد لنقل ما قد يرتبه من حق عينى على المنقول بالمآل «٤»، ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلى بنظر المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه .

---

(١) Fréjaville, thèse précitée, pp. 67 - 70

(٢) Fréjaville, thèse précitée, p. 81.

(٣) هذا فى العلاقة بين المتعاقدين . أما بالنسبة الى الغير ، فالأمر محل تفصيل ، انظر فى ذلك :
اســماعيل غانم ، المرجــع السابق ، ص ٩٨ ـ ١٠٠ . ـ حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٧ ـ ١١٣ .

(٤) فينتقل الحق العينى فور التعاقد اذا كان محله معينا بالذات (م ٢٠٤ مـدنى) . أما اذا كان هذا المحـل معينا بنوعه فينتقل الحـق العينى بافرازه م ٢٠٥/١ مدنى) .

٣٨٥ ــ المنقولات المعنوية

الأصــل أن الأشياء المعنوية ، وهى التى سبقت الاشارة اليها «[١]» ، لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من المنقولات، لأن التقسيم الى عقارات ومنقولات ــ وهو مبنى على أساس الثبات أو القابلية للحركة ــ لا يتصور الا فى شأن الأشياء المادية وحدها . ومع ذلك ، فخروجا على هذا الأصــل تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لأحكام المنقول ؛ وقــد يمكن تبرير ذلك على أساس أن المشرع يعتبر منقــولا كل ما ليس بعقار ، وهذه الأشياء المعنوية ليست قطعا من العقارات .

المطلب الثانى

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك «[٢]»

٣٨٦ ــ اساس التقسيم

تنص المادة ٨٤ من التقنين المدنى على هذا التقسيم بقولها « ١ ــ الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر اســتعمالها ، بحسب ما أعــدت له ، فى انفاقها أو اســتهلاكها . ٢ ــ فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعــد فى المتاجر للبيع » .

ومن ذلك يتبين أن الأشياء القابلة للاستهلاك (choses consomptibles) هى تلك التى لا يتصــور استعمالها الا عن طــريق استهلاكها ، بمعنى أنها تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتمل ورود استعمال متكرر عليها . ويستوى فى هذا الشأن أن يكون استهلاك هذه الأشياء ماديا بالقضاء على مادتها كأكل الطعام أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس ، أو

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٧٥ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Humbert, Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consomptibilité et la fongibilité, Revue trimestrielle de droit civil, 43 année, 1945, pp. 75 - 101.

أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كانفاق النقود وبيع السلع •

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك (choses non consomptibles) ، فهى تلك التى تقبل الاستهلاك المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ولو ترتب على تكرار استعماله أو طوله هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص متانتها ، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات •

والأصل أن طبيعة الشىء هى التى تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك• غير أن الارادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، اذا خصصت استعمال الشىء تخصيصا يخرجه عما تقضى به طبيعته، فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص «١» لا بالطبيعة • فالنقود ، وهى قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أى بانفاقها ، تصبح غير قابلة للاستهلاك اذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك • والكتاب ، وهو غير قابل بحسب طبيعته للاستهلاك بمجرد الاستعمال ، يصير قابلا للاستهلاك اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى جعله كذلك بأن أعير الى صاحب مكتبة بقصد بيعه ثم رد نسخة مماثلة له من بعده• بل وكل شىء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص اذا أعد للبيع (م ٢/٨٤ مدنى) ، اذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانونى •

٣٨٧ ـ اهمية التقسيم

تبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك فى أن بعض الحقوق التىتخول استعمال الشىءكحق الانتفاع «٢» وحق الاستعمال لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لأن

---

(١) Jaubert, article précité, pp. 78, 79, 96 - 100

(٢) ولكن يتصور ان تكون الأشياء القابلة للاستهلاك محلا لشبه حق انتفاع ، وحينئذ يجب على صاحب هذا الحق عند انتهائه رد بدل عن الأشياء المستهلكة (م ٢/٩٩٢ مدنى)•

المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشىء بعينه الى مالكه واستعماله له يستهلكه. وكذلك الشأن فى الايجار والعارية، فهى عقود لا ترد الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والقيمية (١)

٣٨٨ — اساس التقسيم

تنص المادة ٨٥ من التقنين المدنى على هذا التقسيم بقولها « الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن ». ومن ذلك يتبين أن الأشياء المثلية (choses fongibles) هى التى لها نظائر متماثلة فى الأسواق، فلا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء. وهذه الأشياء هى التى جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن، كالنقود، والكتب من طبعة واحدة والقماش من نوع ولون واحد، والحبوب من نفس الصنف والجودة، والقطن من نفس الصنف والرتبة. أما الأشياء القيمية (choses non fongibles) فهى تلك التى تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء، كالأرض والمنازل والحيوانات .

واذا كن الأصل فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت آحادها، الا أن ارادة الأفراد قد تسبغ على شىء

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fongibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précité. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, Nos. 58 - 60. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 86.

مثلى بطبيعته صـفة القيمية أو على شىء قيمى بطبيعته صـفة المثلية «[١]» ، فيقال ان الشىء يصبح قيميا أو مثليا بالتخصيص «[٢]». ومثال الحالة الأولى اعارة كتاب بقصد الاطلاع عليه ورده بذاته ، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التى تستهدف بيع أراض زراعية تستصلحها أو أراض للبناء تعدها وتمهدها من تقسيمها الى قطع متساوية متماثلة.

وقـد يختلط تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية بتقسيمها الى قابلة وغير قابلة للاسـتهلاك ، نظـرا الى أن الغـالب أن تكون الأشـياء المثلية قابلة للاستهلاك والأشياء القيمية غير قابلة للاسـتهلاك. غير أن التقسيمين ليسا متطابقين تماما. فنسخ الـكتاب الواحد من نفس الطبعة مثلية ولـكنها غير قابلة للاسـتهلاك ، نظـرا الى أن الغـالب أن تكون الأشـياء المثلية قابلة تعتبر قابلة للاستهلاك اذا كانت معدة للبيع .

٣٨٩ ـ اهمية التقسيم

تبـدو أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية فى كون المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة (م ٣٦٢/١ مدنى) . وفى كون هلاك الأشياء القيمية ينقضى به الالتزام لأن تنفيـذه يصبح بهذا للاسـتهلاك والأشياء القيمية غير قابلة للاستهلاك. غير أن التقسيمين ليسا يظل الالتزام قائما فى شأنها لأن لها نظائر فى الأسواق فيقوم بعضها مقـام بعض فى الوفاء ولذلك يقال ان الأشياء المثلية لا تهلك .

وتبدو أهمية هـذا التقسيم كذلك فى كون الملـكية أو أى حق عينى آخر لا ينتقـل أو يتقرر على الأشياء المثلية الا بافرازها لأنها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التعاقد على الأشياء القيمية المنقولة

---

(١) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص ٢٦٩ .

(٢) Jaubert, article précité, pp. 78, 78, 96, 100.

باعتبارها معينة بالذات «١» •

المبحث الثانى
الأعمـــال

٣٩٠ ـ العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا ان محل الحق يكون شيئا أو عملا• وقد تكلمنا فى الأشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحـق العينى والحـق الذهني والحق فى الاسم• بقى أن نتكلم فى الأعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشخصى أو حـق الدائنية «٢» الذى يخـول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمـل معين من المدين •

ويستوى فى العمل ـ بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق ـ أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولـكن يجب أن تتوافر فيه شـروط رئيسية ثلاثة هى : الامكان والتعيين والمشروعية •

١ ـ شرط الامكان : يجب أن يكون العمـل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل فى ذاته (م ١٣٢ مـدنى) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشـخاص ؛ فالاستحالة التى تمنع من امكان العمـل اذن هى الاستحالة

---

(١) السائد فى الفقه أن تقسيم الأشـياء الى مثلية وقيمية يقـوم على أسـاسه التفريق بين الأشياء المعينة بنوعها والأشـياء المعينة بذاتها. غير أن ثم اتجاها حديثا فى الفقه يشكك فى وجود تطابق كامل بين التقسيمين (انظر فى هذا الاتجاه: Jaubert, article précité, p. 86؛ وفى مناقشته : حسن كيره ، المرجع السابق ، فقرة ٣٨ ، ص ١١٧ و١١٨).

(٢) ولذلك فتفصيل الكلام فى العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع فى هذا التفصيل :

عبـد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢١٣ ـ ٢٤١ • ـ حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٢٠٢ ـ ٢١٦ • ـ أنور سلطان، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ١٦٦ ـ ١٩٣ • ـ عبـد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨ ـ ٢١٣ •

المطلقة لا النسبية. ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائى اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ؛ اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية فى هذه الظروف عملان مستحيلان فى ذاتهما استحالة مطلقة فى حق الكافة .

أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أثقال من الحديد لا يقدر على رفعها وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لأنه غير مستحيل فى ذاته ويكون للدائن الحق فى اقتضاء الوفاء به ؛ فاذا استحال على المدين شخصيا القيام به يكون مسئولا أمام الدائن عن تخلفه فى الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شىء ، حتى ولو لم يكن هذا الشىء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده فى المستقبل ؛ ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفى امكانه «[1]».

٢ — **شرط التعيين :** يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين ، حتى يتحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه. فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو فى الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالغرض من البناء وسعته وما الى ذلك. واذا كان مضمون العمل اعطاء شىء ، فيجب — اذا كان هذا الشىء قيميا — أن تحدد ذاتيته على النحو الذى يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ؛ وأما اذا كان الشىء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره «[2]» ، وانكان ليس من اللازم تحديد درجة جودته «[3]» .

---

(١) اذا كان الأصل هوجواز أن يكون محل الالتزام عملا واردا على شىء مستقبل (م ١/١٣١ مدنى) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه (م ٢/١٣١).

(٢) ولكن يكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره (م ٢/١٣٣ مدنى).

(٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من اى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من نوع متوسط (م ٢/١٣٣ مدنى).

(٣) شرط المشروعية : يجب أن يكون العمل مشروعا أى غير مخالف للقواعد القانونية الآمرة أو للنظام العام أو الآداب «[١]» . ومن أمثلة العمـــل غير المشروع المبطل للتعهـــد به الالتزام بارتكاب جريمة معينة أو ببيع كمية من المخدرات أو بدفع مبلغ من المـــال الى امرأة مقـــابل انشاء أو استمرار علاقات جنسية غير مشروعة معها .

(١) راجع فى فكرة النظام العام والآداب، سابقا فقرة ٢٢ وما بعدها.

الباب الثانى
مصادر الحق «١»

٣٩١ — الوقائع القانونية والتصرفات القانونية وتاصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند فى وجوده الى «القانون» غير أن القانون — فى ترتيبه واسناده للحق — انما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق. وهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال هى التى نعنيها بمصادر الحق أى بمصادره المباشرة التى تولده ، وان بقى القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا .

وغنى عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة لا تقتصر على انشاء الحق

---

(١) راجع فى ذلك بوجه خاص :

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 248 et s. ; t. III, Nos. 1 et s. — Hébraud, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, t. I, V. acte, pp. 65 - 68.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه، ١٩٥٣—١٩٥٤ ؛ الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٢ — ٣٤ ص١٢٩ — ١٣٤ ؛ ج ٢ . ج ٢ ، فقرات ١ — ٤ .

وانظر كذلك :

Capitant, op. cit., Nos. 223 - 329. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., Nos. 400 - 413. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 65 et s. — Ripert et Boulanger, op., cit, t. I, Nos 560 et s. — Mazeaud, op. cit. t. I. Nos 258 -279 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 147 - 163.

عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق ، فقرات ١٧٩ — ٢٣٦ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٣ — ٣٣٤ . — محمد سامى مدكور، المرجع السابق، ص ٢١٤ — ٢٣٤ . — شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٧٦ — ١٨٦ . — جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٢١٥ — ٢٢٧ . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ص ١٣٣ — ١٥٥ . — عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرات ١٩٤ — ٢٠٤ و٢٢١ — ٢٣٢ .

بل تمتد كذلك الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج ــ رغم تعددها وكثرة تنوعها ــ عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (faits juridiques) ، وطائفة التصرفات القانونية (actes juridiques) . ويقصد بالوقائع القانونية «(١)» كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معينا وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الأثر .

ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه أثر قانوني هو الحق في الارث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو الحق للمضرور في التعويض . والمثل الرئيسي للتصرف القانوني هو العقد ، وهو عمل ارادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما ، فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا في اقتضاء الثمن وللمشتري حقا في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف قانوني ، فهي عمل ارادي من جانب واحد يرتب للموصى له حقا في الموصى به .

واذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة في بعض الحالات كما يبدو من الأمثلة المتقدمة ، فلا يجب أن يحجب ذلك ــ في حالات أخرى ــ صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الأفعال الاختيارية التي تترتب عليها آثار قانونية ، اذ يقوم الاختيار في الفعل على الارادة مما يكاد

---

(١) المقصود بالوقائع القانونية هنا المعنى الضيق وحده . فنستبعد اذن المعنى الواسع لاصطلاح « الوقائع القانونية » الذي يشمل التصرف القانوني والواقعة القانونية بمعناها الضيق معا .

يقربه فى الذهن من الارادة قوام التصرف وييسر الانزلاق الى الخلط بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى •

من أجل ذلك ، كان من اللازم البحث عن معيار حاسم للتمييز بينهما• وقد ذهب البعض الى القول بأنه لا يوجد تصرف قانونى الا حيث يكون للارادة سلطة تنظيمه وتحديد كل آثاره• ولكن من الواضح أن ذلك يضيق من دائرة التصرفات القانونية تضييقا كبيرا غير مقبول ، فيخرج عن نطاقها تصرفات كالتصرفات الشرطية (actes-condition) «١» ، مثل عقد الزواج ، لا تحدد ارادة الأطراف فيها الآثار القانونية وانما تكون هذه الارادة هى الشرط اللازم لاعمال حكم القانون الذى يستقل وحده بتنظيم وتحديد هذه الآثار ، فضلا عما فى ذلك من اغفال لما بات عليه الوضع اليوم من حد كبير من نشاط الارادة فى ترتيب الآثار القانونية نتيجة ازدياد القواعد القانونية الآمرة والمتعلقة بالنظام العام والآداب «٢» •

ويذهب بعض آخر الى القول بأن معيار التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية يتحدد بالتساؤل عما اذا كانت الآثار القانونية المترتبة مقصودة بالارادة أم غير مقصودة ، فاذا كانت مقصودة فمعنى ذلك وجود تصرف قانونى والا فمعناه وجود واقعة قانونية• وظاهر ما يؤدى اليه ذلك من نتائج شاذة ومن خلط بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى • ومن قبيل ذلك القول بأن الفعل الضار مثلا يعتبر تصرفا قانونيا ــ ولكنه تصرف غير مشروع ــ اذا كان فى الامكان تصور اتجاه ارادة من صدر منه الى الالتزام

---

(١) فى هذا المعنى :
Hébraud, Dalloz, t. I, No. 13, p. 66, col: 3.

(٢) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 149.

بالتعويض «[١]» ، رغم أن هذا الفعل لا يمكن أن يكون ــ وهو مجرد عمل مادى ــ الا واقعة قانونية «[٢]» ، ولا يغير من طبيعته هذه أن يكون عملا اختياريا ولا حتى أن يكون أثره القانونى مقصودا «[٣]». هذا فضلا عما يعيب هذا المعيار من اخضاع طبيعة نفس العمل لظروف كل حالة واعتباره ــ تبعا لاختلاف هذه الظروف ــ من التصرفات القانونية حينا ومن الوقائع القانونية حينا آخر ، مثل وصف تغيير الموطن بأنه تصرف قانونى اذا كان أثر هذا التغيير على الاختصاص القضائى مقصودا وبأنه واقعة قانونية اذا كان مثل هذا الأثر غير مقصود «[٤]» .

ويبدو أنه يجب البصر ــ فى صدد التمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ــ بأمرين رئيسيين :

(١) أن الارادة فى التصرف القانونى هى ذات هذا التصرف وجوهره، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة «[٥]». بينما فى الواقعة القانونية قد توجد الارادة كما فى الأفعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما فى الوقائع الطبيعية. واذا وجدت الارادة، فانها ــ على خلاف الظاهر ــ تتميز بوضوح عن الارادة فى التصرف القانونى ، ذلك أنه اذا كانت الارادة فى التصرف القانونى هى ذات هذا التصرف ، فهى فى الواقعة القانونية ــ اذا وجدت ــ

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, § 36, p. 361

(٢) انظر فى انتقاد اعتباره تصرفا قانونيا : عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، هامش (١) ص ٤٦ ؛ وص ٥٣ و٥٤ .

(٣) فالواقعة القانونية، كما يقول استاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى (المرجع السابق ، ص ١١٩) ، هى « عمل مادى ، ويستوى فى ذلك أن يكون العمل اختياريا أو غير اختيارى. واذا كان اختياريا يستوى أن يكون أثره القانونى مقصودا أو غير مقصود ، فما دام عملا ماديا فهو واقعة قانونية ».

(٤) Hébraud, ibid.

(٥) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .

تكون متميزة عن ذات هذا الواقعة وجوهرها، اذ تكون مجرد ارادة فى اتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة «[١]» . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانونى هو الارادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كانت ثم ارادة واختيار فى اتيانه .

(٢) أنه ينبنى على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى على النحو المتقدم أن الأثر القانونى المترتب على التصرف انما يترتب لأن الارادة ـ وهى جوهر هذا التصرف ـ قد اتجهت الى ترتيبه . أما فى الواقعة القانونية ، وليست الارادة اذا وجدت هى جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فان ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانونى لا شأن للارادة فى ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقق العمل المادى . ولذلك يستوى ـ اذا وجد العمل المادى ـ أن توجد ارادة أو أن لا توجد ، أو اذا وجدت أن تكون ارادة فى اتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجه أوحتى أن تكون ارادة فى اتيانه وفى قصد نتائجه على السواء «[٢]» . فما دام وجود الارادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادى من أثر ، فلا يكون لوجودها اذن اعتبار فى ترتيبه ، ولا فى قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانونى .

ولذلك يبدو خطأ الرأى القائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة فى الثانية وغير مقصودة فى الأولى ، فكما رأينا قد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك نكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانونى لأن هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادى . فالشخص الذى يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، انما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماديا ، والقانون يكتفى بظهور

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ و ٧٥ .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

هذا العمل المادى الى الوجــود ليرتب عليه أثرا قانونيا معينا هو الحــق فى التعويض ، وهــذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الاصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صدم المصاب، ولا حتى اذا كانت ــ حين اتجهت الى صدمه ــ قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق فى التعويض فى كل هذه الصور واقعة قانونية هى الفعل الضار . والفضولى ــ وهو من يتولى عن قصــد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخــر دون أن يكون ملزما بذلك (م ١٨٨ مــدنى) ــ يصبح دائنا ومدينا فى نفس الوقت قبــل رب العمل. ومصدر حقــه والتزامه على السواء ليس هو ارادته ، كما يذهب الى ذلك البعض «[١]»، بل هو تدخله ، ولما كان التدخل عملا ماديا، فيكون المصدر اذن واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا «[٢]» .

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى ، انما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل أو العمــل المادى وبين الارادة المحضة. فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانونى بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمــل مادى ، بصرف النظر عما اذا كان وجــوده طبيعيا أو اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية ــ لو كان اختياريا ــ مقصودة أو غير مقصودة، نكون أمام واقعة قانونية. أما حيث يترتب الأثر القانونى أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانونى .

المصادر المزدوجة : اذا كانت مصادر الحق ترد على هــذا النحو الى طائفتين اثنتين : الوقائع القانونية والتصــرفات القانونية ، وكانت التفرقــة بينهما مؤصلة على النحو السابق بيانه ، فلا يجب أن نغفل وجود طائفة ثالثة من المصادر ، يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقوم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانونى ، بحيث لا يترتب الأثر القانونى

---

(١) Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 17, pp. 46, 47.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .

المتولد عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادى معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الأثر .

فما دام وجود الارادة هنا واتجاهها الى ترتيب الأثر القانونى أساسيا فى هذا الترتيب ، فيكون لها اذن شأن آخر غير شأن الارادة فى الوقائع القانونية الخالصة حيث لا يكون لوجودها أو تخلفها فيها اعتبار فى ترتيب أو عدم ترتيب الأثر القانونى ، ويكون من العسير اذن القول برد هذا الأثر الى واقعة قانونية خالصة طالما أنه لا يكفى لترتبه مجرد وجود الواقعة أو العمل المادى وحده بل كذلك الارادة المتجهة الى ترتيبه. واذا كان اتجاه الارادة الى ترتيب الأثر القانونى لازما لهذا الترتيب على هذا النحو ، فلا يمكن رد هذا الأثر الى تصرف قانونى خالص طالما أن وجود واقعة مادية أو عمل مادى يعتبر أساسيا كذلك لانتاج هذا الأثر. فهذه الطائفة الثالثة من مصادر الحق اذن طائفة مستقلة ، فلا هى ارادة محضة حتى يقال انها تصرف قانونى ، ولا هى واقعة مادية أو عمل مادى خالص حتى يقال انها واقعة قانونية ، وانما هى طائفة مولدة من الطائفتين الأساسيتين وتجمع بين جوهريهما معا .

ومن هذه الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوفاء ، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادى بالعنصر الارادى «١». اذ فى الشفعة توجد واقعة

---

(١) وقد كان لأستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى فضل التنبيه الى هذه الطائفة الثالثة لمصادر الحق، وهو يقسمها ــ زيادة فى الايضاح ــ الى قسمين: وقائع مركبة ووقائع مختلطة. « فاذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل (أو تصرف) قانونى، كانت الواقعة مركبة (complexe) ؛ مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع او الجوار ، وهذه واقعة مادية ، باعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانونى. أما اذا كانت الواقعة القانونية شيئا واحدا ولكن اختلط فيه العنصر المادى بعنصر الارادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) ؛ مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية ، وهى عنصر مادى ، بارادة المستولى فى أن يتملك فى الحال ، وهى عنصر ارادى ، ولكن العنصر المادى هنا هو المتغلب؛ ومثل ذلك ايضا الوفاء اختلط فيه تسليم الشىء الواجب الأداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على انقضاء الدين ، وهو عنصر ارادى ، ولكن العنصر الارادى هو المتغلب ».
(عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣).

قانونية هى حصول بيع العين المشفوعة وقيام وضع الشيوع أو الجوار مثلا مقترنة بارادة الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، وفى الاستيلاء يوجد عمل مادى هو وضع اليد مقترنا بالارادة فى التملك فورا ، وفى الوفاء يوجد عمل مادى هو التسليم أو التنفيذ مقترنا بالارادة فى قضاء الدين »(١) .

ويخلص من كل ما تقدم اذن أن القانون هو المصدر غير المباشر للحقوق وللآثار القانونية جميعا ، وهو يعتمد على عناصر واقعية مختلفة يولد منها مباشرة هذه الحقوق والآثار . فهو حينا يكتفى لتوليدها بتوافر واقعة أو عمل مادى معين دون نظر الى ارادة الأفراد فى هذا الصدد ، فيجعل مصدرها المباشر واقعة قانونية . وهو حينا آخر يستلزم لتوليدها ارادة محضة منصرفة الى هذا التوليد ، فيجعل مصدرها المباشر تصرفا قانونيا . وهو أخيرا قد يستلزم لتوليدها اقتران واقعة أو عمل مادى بالارادة بحيث يكون مصدرها المباشر مزدوجا يجمع بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى .

٣٩٢ — اهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية

اذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على النحو الذى بيناه ، فينبغى الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة . ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الأساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الاثبات خاصة .

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديد أوصافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أى أثر قانونى ، يقتضى — عند المنازعة فيه — اثبات

---

(١) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض من اعتبار الوفاء واقعة قانونية أكثر منه تصرفا قانونيا ، ومن اعتبار الاستيلاء تصرفا قانونيا :
Hébraud, Dalloz, t. I, Nos. 18, 20.
وانظر فى انتقاد ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١١٩ .

مصدره المباشر ، أى اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانونى المرتب لأى من ذلك «[١]» . وفي هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، اذ من الواضح — وهما مختلفان فى الجوهر كما سبق البيان — ضرورة اختلافهما فى وسائل الاثبات .

فالتصرف القانونى ، باعتباره ارادة محضة متجهة الى توليد حق أو تغييره أو زواله أو توليد أثر قانونى بوجه عام، يعنى اناطة هذا الأثر بمسلك ارادي يقصد ترتيبه ، وهو ما يقتضي في الأصل امكان تهيئة واعداد دليل كتابى على هذا المسلك والقصد وقت وقوعه ، لكى يكون من بعد وسيلة اثباته اذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك فى شأن الوقائع القانونية — وهى محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة الى هذا الترتيب — حيث يستعصى فى الأصل اعداد دليل كتابى يسجلها عند وقوعها «[٢]» . ولذلك فالأصل هو اشتراط اثبات

---

(١) ولذلك فمن التجوز فى التعبير القول بأن ذات الحق أو الأثر القانونى هو محل الاثبات ، بل الواقع أن محل الاثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الأثر من مصدر سواء كان هذا المصدر واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢ و١٩٠ . — عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ، ص ٣٤٠ و٣٤١ .

ومع ذلك ، فيحتم المشرع فى شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة كالميلاد والموت، أعداد دليل كتابى بها وقت وقوعها (عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٢ ، ص ٣٤١)، ولكن يراعى ان هذا الدليل الكتابى ليس هو وسيلة الاثبات الوحيدة المتصورة فى شأن هذه الوقائع ، فقد سبق أن رأينا انه اذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات الرسمية المعدة لقيد المواليد والوفيات، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى (أنظر سابقا، ص ٧٢٠ و٧٢٢) .

التصرفات القانونية بالكتابة «١» ، وامكان اثبات الوقائع القانونية — على خلاف ذلك — بأية طريقة من طرق الاثبات ولو بمجرد البينة أو الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة «٢» .

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية بارزة كذلك من حيث انفراد التصرفات القانونية بكل الأحكام المتعلقة بالارادة

---

(١) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبينة وبالقرائن القانونية وهى : التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التى لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، والتصرفات القانونية المدنية التى تزيد على هذه القيمة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها (انظر عبد الرزاق السنهورى ؛ الوسيط ، ج٢ ، فقرات ١٨٥ وما بعدها ، و١٩٤ وما بعدها ، و٢٠٥ وما بعدها) .

(٢) واما اثبات المصادر المزدوجة ، فيعتد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج . فحيث يكون هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاط ، يبدو من المنطقى الاعتداد بالعنصر الغالب ، ومعاملة المصدر — رغم ازدواج طبيعته — على هذا الأساس من حيث الاثبات . فالوفاء — وهو واقعة مختلطة — يخضع من حيث الاثبات لما تخضع له التصرفات القانونية من قواعد فلا يجوز اثباته فيما يزيد على النصاب الا بالكتابة ، لان العنصر الغالب فيه هو العنصر الارادى . والاستيلاء ، وهو واقعة مختلطة يغلب فيها العنصر المادى ، يخضع من حيث الاثبات لما تخضع له الوقائع القانونية من احكام ، فيجوز اثباته بالبينة والقرائن . واما حيث يكون مقتضى الازدواج وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقى وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب طبيعتها واخضاعها لأحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة . فالشفعة تتركب من عدة وقائع ، بعضها وقائع قانونية وبعضها تصرفات قانونية ؛ فما كان منها من قبيل الوقائع القانونية اى الوقائع والأعمال المادية — كالجوار ، وحصول بيع العين المشفوع فيها وهو واقعة مادية بالنسبة الى الشفيع — يجوز اثباته بأى طريقة من طرق الاثبات ولو بالبينة او القرائن او المعاينة ؛ وما كان منها من قبيل التصرفات القانونية : كارادة الأخذ بالشفعة ، يجب اثباته فى الأصل بالكتابة وفق القواعد العامة ، بل لقد تطلب المشرع ان يكون اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة رسميا ، والا يحتج به على الغير الا اذا سجل (م ٩٤٢/١ مدنى) [انظر فى ذلك عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٣٤٣ و٣٤٤] .

وبقـدرتها على ترتيب الآثار القانونية «١» ، اذ هى ــ على خـلاف الوقائع القانونية ــ ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الآثار .

٣٩٣ ــ ضرورة صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية وللتصرف القانونى

اذا كانت للوقائع القانونية والتصرفات القانونية معا أهمية قصوى من حيث اعتبارها مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو تعديله أو نقله أو انقضائه أو بوجـه عام مصدرا لأى أثر قانونى كان ، وكانت للتفرقـة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية الأهمية الـكبيرة التى سبق بيانها ، ففى ذلك كفاية للدلالة على ضرورة صـياغة نظرية عامـة للواقعة القانونية والتصرف القانونى وعلى الأهمية البالغة لمثل هذه النظرية .

ورغم وضوح الحاجة الى مثل هذه النظرية وبروز أهميتها ، فان الفقه لم يعن فى مختلف الشرائع بصياغتها منذ قـديم ، مما تركها أرضا بكرا وغل يد المشرعين عن تناولها بالتالى ، فظلت القوانين والشرائع الوضعية تتجاهلها بوجه عام حتى أواخر القرن الماضى . وقد ساعد على ذلك مركز الصـدارة والقداسة الذى حظيت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وتركيز الاهتمام أساسا فى نظرية العقد ، مما مكن من ناحية للاعتقاد فى كفاية هـذه النظرية الأخيرة وامكان الاستغناء بها عن نظرية للتصرف القانونى بوجه عام باعتبار العقـد أهم وأكبر تطبيق له ، وصرف النظر من ناحية أخرى عن كل محاولة جدية ــ خارج نطاق العقد والتصرف القانونى عموما ــ لجمع شتات الوقائع القانونية أو المادية المتناثرة فى نظرية عامة تحكمها أصول واحـدة ، فظل النظر موجها الى كل واحدة منها على حدة دون رابطة تربطها بغيرها من الوقائع المشتركة معها فى الطبيعة .

---

(١) مثـل تلك المتعلقة بالتعبير عن الارادة ، ومشكلة الارادة الظاهـرة والباطنة ، وما قد يتخذه التعبير عن الارادة من شكل ، واهلية صاحب الارادة ، وصحة الارادة وتنزهها عن العيوب ، ومحـل الارادة وسببها وأوصافها ، ومبدأ سلطان الارادة ومداه ، والأثر النسبى للارادة أو للتصرف القانونى .

لذلك كانت جريئة وموفقة تلك الخطوة التى خطاها فى مطلع القرن الحالى المشرع الألمانى بصياغته ، فى صلب تقنينه المدنى نظرية عامة للتصرف القانوني. ولكن كان ولا يزال يعيبها — رغم ذلك — أنها لم تكن بالخطوة الكاملة ، بل كانت خطوة جزئية قنعت بنظرية عامة للتصرف القانونى وحده ، دون أن تفسح المجال الى جانبها لنظرية عامة مماثلة للواقعة القانونية «(١)» . وعلى أي حال ، فقد كان لهذه الخطوة أثرها فى حمل بعض المشرعين على الاقتداء بها ، وفى تنبيه الفقه الحديث الى وجوب العناية بدراسة مصادر الحق فى ذاتها «(٢)» ؛ ولكنها ، من ناحية أخرى ، أعانت علي تأييد الاعتقاد القديم فى تركيز الاهتمام فى نظرية التصرف القانونى دون نظرية الواقعة القانونية ، وهذا ما نتبينه بوضوح فى الأعمال التحضيرية الجارية لمشروع تنقيح التقنين المدني الفرنسى الحالى ، اذ جاءت قاصرة على نظرية عامة للتصرف القانونى دون أن تعرض لنظرية مقابلة للواقعة القانونية «(٣)» .

وقد كان مأمولا من المشرع المصري — وهو بصدد اعداد واصدار التقنين المدني الجديد — أن يعنى بصياغة نظرية عامة لمصادر الحق ، أو أن يقنع فى الأقل — كما فعل المشرع الألماني وغيره من المشرعين — بصياغة

---

(١) فى هذا المعنى :
محمود أبو عافيه ، التصرف القانونى المجرد ، رسالة من القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص ٣٠١ .

(٢) فى طليعة الفقهاء الذين يجب الاعتراف بفضلهم ، فى العناية بهذه الدراسة ومحاولة صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى وللواقعة القانونية وتأصيل التفرقة بينهما ، الفقيه الفرنسى « بونكاز » ؛ انظر فى عرض نظريته فى هذا الصدد :

Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 248 et s., t. III, Nos. 1 et s.

وانظر كذلك فى عرض نظريته وفى نقدها :
عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ٦٣ — ٩٤ .

(٣) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٠٧ و ١٠٨ و ١١٠ .

نظرية عامة للتصرف القانوني وحده ؛ ولكنه اكتفى بالوقوف من ذلك موقفا سلبيا ، فلم يتقدم خطوة الى الأمام عما كان عليه الحال فى التقنين المدنى القديم من اغفال صياغة نظرية عامة لمصادر الحق ، وذلك رغم حرصه البالغ فى جل قواعد التقنين الجديد على مسايرة كل تطور تشريعي وفقهى معاصر • ولعله قد تأثر ، من ناحية ، بعدم نضوج واكتمال الجهود الفقهية بعد حول استخلاص نظرية عامة للتصرف القانونى وأخرى للواقعة القانونية ؛ وبما لا يزال قائما فى العمل ، من ناحية ثانية ، من صعوبات جمة تواجه صياغة نظرية التصرف القانونى نتيجة تداخلها مع نظرية العقد ودقة رسم الحدود بينهما •

وأيا ما كان الأمر ، فينبغى ألا تحول كل هذه العقبات دون ما رأيناه لازما من صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى وللواقعة القانونية «[1]» • ولعل الفقه المصري — وهو ليس بالغافل عن أهمية مثل هذه النظرية — ينهض فى

---

(١) وقد ينبغى التساؤل عن الأساس الذى يمكن أن تقوم عليه مثل هذه الصياغة وعن الدور الذى يمكن اسناده الى هذه النظرية. فيبدو أن بعض الفقهاء ينادي بوجوب قلب المنطق الفقهى فى ترتيب مسائل القانون المدني خاصة، واحلال نظرية الواقعة القانونية والتصرف القانونى محل نظرية الالتزام ونظرية الحق العينى (محمود ابو عافيه ، الرسالة السابقة ، ص ٣٠٢ وما بعدها) .

ولكن اذا كانت صياغة نظرية الواقعة القانونية والتصرف القانوني ضرورة واجبة وعاجلة كما أشرنا ، فليس مقتضي ذلك فيما نعتقد امكان الاستغناء بها عن نظرية عامة للالتزام واخري للحق العينى ، بل تبقي الحاجة قائمة دائما الي كل من هاتين النظريتين (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ٤ ، ص ٥ و٦). كل ما فى الأمر أن التوصل الي صياغة نظرية الواقعة القانونية والتصرف القانوني من شانه ان ينتزع ، لحساب هذه النظرية، كثيرا من المسائل من نظرية الالتزام ونظرية الحق العيني. فالأمر اذن، فيما يبدو، ليس امر ابتلاع او استبعاد ، بقدر ما هو امر تشابك وتداخل يقتضي دقة فى الفصل والتحديد .

القريب بما يقع عليه من واجب ومسئولية مثل هذه الصياغة «١» ، فيمهد بذلك الطريق أمام المشرع للتدخل على أساس سليم ومأمون .

والى أن يتحقق ذلك ، وهو ما يحتاج الى جهود فقهية ضخمة ترسى أساس مثل هذه النظرية ، ليس فى الوسع الا الاكتفاء — فى نطاق هذا الكتاب المحدود — بالتعرض فيما يلى باشارة موجزة وعامة لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانونى .

الفصل الأول

الواقعة القانونية

٣٩٤ — الواقعة القانونية ، انواعها واهميتها وآثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منها « التصرف القانونى » ممثلا على الأقل فى صورته الكبيرة وهى « العقد » . ولعل مرد ذلك الاعتقاد الذى ساد فى الفقه التقليدى، تأثرا بالمذهب الفردى ومبدأ سلطان الارادة ، من أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأفسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وأن الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية «٢» ، وساعد على ذلك التقديس الكبير الذى أشرنا الى تمتع نظرية الالتزام به منذ قديم ، وحصر التصرف القانونى والواقعة القانونية فى نطاقها، واعتبار العقد بالذات — وهو تصرف قانونى — قطب الرحى فى هذه النظرية .

(١) ينبغى التنويه فى هذا المقام بما كان لأستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى من فضل محاولة التصدى لحمل هذه المسئولية فيما ابتداه سنة ١٩٥٣—١٩٥٤ من دروس على طلبة الدراسات العليا فى «التصرف القانونى والواقعة القانونية». واذا كانت الظروف قد صرفته عن اتمام ما بدأ ، فاقتصر على عرض تفصيلى وانتقادى للوضع الفقهى الفرنسى والمصرى فى هذا الصدد، فتلك على اى حال خطوة محمودة تفتح الطريق واسعا أمام صياغة شاملة لنظرية التصرف القانونى والواقعة القانونية ، بل وتبشر بقرب ادراك هذه الغاية .

(٢) انظر على سبيل المثال:
Capitant, op. cit., No. 229.

وما زالت هـذه النظرة ، وخاصة من حيث التقليل من أهمية الواقعة القانونية ، قائمة فى الفقه الفرنسى المعاصر خاصـة ، حيث يكاد هـذا الفقه يتنحى عن اعطاء تعريف مباشر للواقعة القانونية مكتفيا باستخلاصه عن طريق الاستبعاد مما يعتبر تصرفا قانونيا «(١)» ، رغم ما فى ذلك من قصور واضح وامتناع عن المقابلة الواجبة بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى بما يحدد مواطن الاختلاف والتمييز بينهما . وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل مادى يرتب القانون أثرا قانونيا معينا على مجرد وجوده فى ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود ارادة تصاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحـديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، ووقائع اختيـارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيـارية (faits naturels ou involontaires) ، مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضان قد يكون حـدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه ، والميلاد يحـدث دون اختيار أو ارادة من المولود ومع ذلك يرتب القانون عليه أثرا هـو بداية شخصيته ، والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واسـتحقاق ورثته فيها ، والقرابة قد تكون مانعا من موانع الزواج وقـد يترتب عليها التزام بالنفقة . وأما الوقائع الاختيارية (faits volontaires) فهى الوقائع المادية التى تحدث بفعل الانسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معينا ، ومثلها الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضرور حقا قبله فى التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعـل مالك الأرض مالـكا للبناء بالالتصاق ويلزمه بتعـويض البانى ، والاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشىء للمفتقر حقا قبـل المثرى فى التعويض .

---

(١) انظر على سبيل المثال :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 147, 163.

ولقـد همت لجان مشروع تنقيح التقنين المدنى الفرنسى بمسايرة هـذا الاتجاه فى تعريف الواقعة القانونية ، ثم احسنت صنعا بالعدول عن ذلك (عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٠٨) .

يخلص من هـذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الانسان وتنتج آثارها فرضا عليه كذلك كما فى واقعة الميلاد والموت ، وقـد تكون باختيار الانسان وحينئذ اما أن تكون مشروعة كالفعـل النافع الذى يؤدى الى اثراء شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار ، وفى الحـالين يرتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجـودها المادى بصرف النظر عما اذا كان فاعلها قد انصرفت ارادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أوعمل مادى وتترتب عليها آثارا قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للارادة اذن ـ كما هى الحال فى التصرف القـانونى ـ فى هذا الترتيب ، ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانونى من قواعـد كثيرة متعلقة بالارادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة فى شأن الأهلية والاثبات والصـحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة القانونية لأثرها ، حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية ، على كمال أهلية محـدثها «١» ، ولا تشترط الـكتابة لاثبات الواقعـة القانونية ، بل تقبـل الاثبات بأى طريق من الطرق كالبينة والقرائن ، ولا يتوقف وجـود الواقعة القانونية وانتـاجها آثارها القانونية على مشروعيتها ، اذ هى عمـل مادى فيكون وجـودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف القانونى وانتاجه أثره القانونى على صحته ومشروعيته اذ هو ارادة محضة «٢» .

---

(١) راجع فى هذا المعنى :
سابقا ، ص ٧٨٩ ـ ٧٩١ .
ومع ذلك، فقد يتطلب القانون استثناء فى بعض الأعمال المادية ـ كالاقرار وتحرير الورقة الرسمية ـ ضربا من الأهلية، دون أن يغير ذلك من وصفها فتبقى وقائع قانونية ولا تنقلب بذلك الى تصرفات قانونية (السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩).

(٢) فى هذا المعنى :
Hébraud, Dalloz, op. cit., t. I, No. 54
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

ويبدو من الأمثلة التى قدمناها أن الواقعة القانونية ـ خلافا لما كان شائعا فى الفقه التقليدى ـ لا تقل قدرا وأهمية عن التصرف القانونى ، وأن من الواجب اخراجها ـ واخراج التصرف القانونى ـ عن نطاق نظرية الالتزام المحصورة فيه ، فان دورها كمصدر للحقوق أو الآثار القانونية بوجه عام لا يقتصر على حقوق الدائنية وحدها ، بل يتسع كذلك لكافة الحقوق والآثار القانونية .

فالواقعة القانونية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، اذ بلوغ سن معينة ـ وهو واقعة طبيعية أى فعل من صنع الطبيعة ـ يعطى الشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا لحقوق الشخصية ، فالميلاد ـ وهو واقعة طبيعية ـ يكسب المولود حقا فى لقب والده. وقد تكون مصدرا للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهنى أو الانتاج الفكرى عمل مادى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليا على مصنفه. وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة ، فواقعة القرابة تعطى الأب الحق فى تأديب ولده .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق العينية : فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملكية نصيبه من أموال المورث. والالتصاق، وهو واقعة طبيعية أو اختيارية على حسب الأحوال ، قد ينشىء حقا فى الملكية، فالأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين (م ٩١٨ مدنى) ، والبناء أو الغراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يتملكه صاحب الأرض (م ٩٢٤ و٩٢٥ مدنى) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحدثه هو فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره (م ٩٢٣ مدنى). ومن أسباب الأخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب

الملــكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية (م ١٣٦ مدنى) «[١]» . ومضى المدة وهو واقعــة طبيعية ، يعتبر سببا فى اكتساب الملــكية اذا اقترن بالحيــازة وهى واقعة مادية اختيــارية من فعــل الانسان (م ٩٦٨ و٩٦٩ مــدنى). والاســتيلاء ، وهو عمــل مادى اختيارى ، يكسب ملــكية المنقول الذى لا مالك له «[٢]» (م ٨٧٠ مدنى) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصــدرا للحقوق الشخصية أو حقــوق الدائنية. فواقعة القرابة ـ وهى واقعة مادية ـ قد تولد الحق فى النفقة بين الأقارب. والفعل الضار ، وهو فعل مادى اختيارى من الانسان، يولد الحق فى التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احــداثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المــادى لا بارادته . والفعل النافع ، وهو عمــل مادى ، يجعل للمفتقر حقا فى التعويض قبــل الشخص الذى أثرى على حسابه ؛ فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده (م ١٨١ مدنى)؛ والفضولى، وهو من يتولى عن قصــد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخــر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجــدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هــذا الفعل المادى النافع للجار حــق فى استرداد النفقات الضرورية والنافعة التى سوغت الظروف انفاقها للقيام بهذا

---

(١) ولــكن الاخــذ بالشفعة يحتاج ــ كما سبق البيان ــ الى اعلان من جانب الشــفيع عن ارادته فى ذلك ،وهــذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار هنا بالاضافة الى حصول بيــع العين المشفوع فيها وهــو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنســبة الى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو اتجاه ارادة الشفيع الى الأخذ بالشفعة واعلانه ذلك ؛ فلا تعتبر الشفعة اذن واقعة قانونية خالصة وانما واقعة مركبة (فى هذا المعنى : عبــد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣ ــ محمد سامى مدكور ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ و٢٢٢ ؛ وانظر كذلك سابقا، ص ١٠٤٣ وهامش (٢) منها وص ١٠٤٤) .

(٢) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما فى ذاتهما من الوقائــع القانونية أو المادية ، ينطــويان على ارادة فى التملك أو اكتســاب الحــق العينى ؛ ولذلك يعتبران من الوقائع المختلطة وان كان العمــل المادى فيهما هو الغالب (انظر : عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق ؛ وكذلك سابقا، ص١٠٤٣ و١٠٤٤).

الاصــلاح وفوائدها ، وفى التعويض عن الضرر الذى لحـقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) •

وقــد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق• فهلاك الشيء ، وهو واقعة مادية ، يؤدى الى انقضاء الحــق العينى الوارد عليه • وتنتهى الحقوق العينية الأصلية ، عدا حق الملــكية «[1]» ، بعــدم الاستعمال طــوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية (م ٥٩٥ و٩٩٨ و١٠١١ و١٠٢٧ مدنى)• وتنتهى حقوق الدائنية بسكوت الدائن عن المطالبة بحقه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الأحوال (م ٣٧٤ مدنى وما بعدها)• وكذلك تنقضى حقوق الدائنية أو الالتزامات المقابلة لها بوقائع قانونية أو مادية هى : القوة القاهرة التى يستحيل بها التنفيذ• واتحاد الذمة (La confusion) الذى تجتمع بمقتضاه صفة الدائن والمدين فى شخص واحــد (م ٣٧٠ مدنى) • والمقاصة (La compensation) ، التى بمقتضاها يتقابل دينان محل كل منهما نقود أو مثليات متحدة فى النوع والجــودة مع خلوهما من النزاع وكونهما مستحقى الأداء صــالحين للمطالبة القضائية ، واقعة مادية «[2]» تقضى الدينين بقدر الأقل منهما (م ٣٦٢ مدنى وما بعدها) •

وقد ترتب الواقعة القانونية آثارا أخرى ، فالقرابة قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملــكية ، ونزع الحيازة قــد يترتب عليه قطــع التقــادم ، وحالة القصر قــد يترتب عليهــا وقف التقادم «[3]» •

---

(١) انظر كتابنا فى الحقوق العينية الأصلية سالف الذكر ، فقرة ٥٧ .

(٢) الأصــل أن المقاصة فى ذاتها واقعة مادية أو قانونية خالصة ، وهذا هو الحال فى التقنين المدنى الفرنسي وما كان عليه الحال فى التقنين المدنى المصرى القــديم • ولــكن بعض الشرائع الحــديثة ، كالتقنين المدنى الالمانى والسويسرى والمصرى الجديد ، أصبحت تتطلب ــ فضلا عن واقعة المقاصة المادية ــ اعــلان احد طرفيها لارادته فى التمسك بها، وهو ما يجعل من المقاصة فيها اذن مصدرا مزدوجا مؤلفا من واقعة مادية ومن تصرف قانونى تصير به واقعة مركبة (انظر: عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٣٢)•

(٣) عبــد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القــانونية ، ص ٤ •

الفصل الثانى

التصرف القانونى

٣٩٥ ـ التصرف القانونى ، اهميته وآثاره .

سبق أن قلنا ان التصرف القانونى هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ورأينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهى عمل مادى يرتب القانون عليه أثرا معينا ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجه .

وقد حظى التصرف القانونى ، أو على الأصح العقد وهو صورته الرئيسية، بعناية الفقه التقليدى الذى أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التى كادت تتلاشى أمامه. وقد كان هذا المسلك مردودا، فى جانب كبير منه، الى التأثر بالمذهب الفردى والمغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شىء الى الارادة وهى جوهر التصرف القانونى ، فالقانون انما يتولد من الارادة العامة فى الجماعة أو من العقد الاجتماعى ، والميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وحق المجتمع فى توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب «[1]» .

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانونى فى كل نواحى القانون وفروعه ، فلا ينبغى أن يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ؛ فالواقعة القانونية والتصرف القانونى صنوان فى الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية . وكذلك اذا كان من الواجب الاعتراف بقدرة الارادة على توليد الآثار القانونية المختلفة ودورها الكبير فى ذلك ، فينبغى أن يظل مفهوما ــ رغم ذلك ــ أن الارادة ليست

---

(١) انظر فى الاشارة الى منطق هذه المغالاة وفى تفنيده :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٣ و٤٤ .

مطلقة السلطان كل الاطلاق فى ذلك ، فثم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى أى حال ، فينبغى أن يراعى أن الأهمية البالغة المعطاة فى الفقه التقليدى للتصرف القانونى على حساب الواقعة القانونية ، انما كانت منصرفة فى الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانونى وهى العقد ، فلم يعن هذا الفقه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانونى فى ذاته .

ومن الغريب أن المشرع المصرى قد ظل مشايعا لهذا الفقه فى التقنين المدنى الجديد ، فأغفل — كما سبق البيان — صياغة نظرية عامة للتصرف القانونى وللواقعة القانونية من باب أولى . والواقع أن ما جرى عليه الفقه التقليدى من حصر التصرف القانونى «(١)» فى نطاق نظرية الالتزام والنظر اليه باعتباره منشئا للالتزام فحسب دون غيره من الآثار القانونية ، هو من الأسباب الرئيسية التى أدت الى هذا المسلك من الاكتفاء بالتعرض لكل صورة من صور التصرف القانونى وخاصة العقد ، دون محاولة استخلاص نظرية عامة للتصرف القانونى فى ذاته تعنى بتأصيل القواعد الكلية التى تحكم التصرف القانونى على اختلاف صوره وتطبيقاته .

ولعله قد حان الوقت فى القانون المصرى لاستخلاص مثل هذه النظرية ، خاصة وأن الطريق فى شأن التصرف القانونى أكثر تمهيدا منه فى شأن الواقعة القانونية . ولكن ينبغى لادراك ذلك على خير وجه اخراج النظرية العامة للتصرف القانونى من نطاق نظرية الالتزام ووضعها موضعها الحق فى القسم العام أو الباب التمهيدى من التقنين المدنى كما فعل المشرع الألمانى فى مطلع هذا القرن «(٢)» . فالواقع أن التصرف القانونى ليس مولدا لحقوق الدائنية فحسب كما ينظر اليه عادة فى نطاق نظرية الالتزام ، وانما هو — حتى فى نطاق هذه النظرية — يؤدى كذلك الى ترتيب آثار أخرى كتعديل

---

(١) والواقعة القانونية كذلك .

(٢) ولكن ينبغى — كما سبق البيان — تفادى ما وقع فيه هذا المشرع من الاقتصار فحسب على نظرية التصرف القانونى دون نظرية الواقعة القانونية .

الالتزام وانهـائه «١» ، كما يتولى ـ خارج نطاق هـذه النظرية ـ توليد حقوق أخرى غير حقوق الدائنية وتعـديلها ونقلها وانقضاءها وترتيب آثار أخرى غيرذلك، مما يجعله عاما من حيث الحقوق التى يولدها والآثار الأخرى التى يرتبها ، وينهض حجة لصـياغة نظرية عامة له لا تنحصر فى نطاق بعض الحقوق دون بعض كما تنحصر الآن فى نطاق نظرية الالتزام .

فالتصرف القانونى يعتبر مصدرا مولدا لـكثير من الحقوق . فعقـد الززواج ، وهو تصرف قانونى ، يولد حقـوق الأسرة وفق النظام القانونى للأسرة . والعقد بوجه عام ـ وهو تصرف قانونى بارادتين ـ يولد حقوق الدائنية أو الالتزامات ، وكذلك يولد الوعـد بجائزة ، وهو تصرف قانونى بارادة منفردة ، حقا من حقوق الدائنية لمن يقـوم بالعمل المتعلق به الوعـد (م ١٦٢/١ مـدنى). وكذلك يعتبر التصرف القانونى ـ ممثلا فى العقد بوجـه عام وهـو تصرف قانونى بارادتين ، وفى الوصـية وهى تصـرف بارادة منفردة ـ مصدرا مولدا أو مكسبا للحقوق العينية الأصلية ، غير أن قدرته فى هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فى توليد الحقـوق العينية الأصلية الواردة على عقـار ، اذ يعلق المشرع انشاء مثل هـذه الحقوق (بل ونقلها أو تغييرها أو زوالها كذلك) على شـهر التصرفات المثبتة لذلك عن طريق التسـجيل (م ٩ من قانون الشهر العقارى) ، حتى ليمكن أن يقال ان مصدر الحقوق العينية الأصلية العقارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانونى ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أومادية «٢». وكذلك يعتبر العقد مصدرا لبعض الحقوق العينية التبعية وهى الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى .

وكذلك يؤدى التصرف القانونى الى نقل الحقوق وانقضائها. فحقوق

---

(١) فى هذا المعنى :
محمود أبو عافيه ، الرسالة السابقة ، ص ٣٠٣ .

(٢) فى هذا المعنى :
محمد سامى مذكور ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣ .

الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحـوالة، وهى اتفـاق أو تصرف قانونى بين الدائن وأجنبى بمقتضاه يحول الدائن لهـذا الأجنبى ما له من حـق فى ذمة المدين (م ٣٠٣ مدنى). والحق الشخصى أو حق الدائنية ينقضى بالتجديد ، وهـو تصرف قانونى أو اتفـاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبى على استبدال حـق أو دين جـديد بحق أو دين قديم مما ينقضى به الحق أوالدين القديم وينشأ الحق أوالدين الجديد (م ٣٥٢ مدنى وما بعدها)؛ وينقضى حـق الدائنية كذلك بالابراء ، وهو تصرف قانونى بارادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبل المدين دون مقابل (م ٣٧١ و٣٧٢ مدنى). والحق العينى ينقضى بتنازل صاحبه عنه ، وهو تصرف بارادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانونى آثارا أخرى. فهو يتخـذ وسيلة لتأكيد حـق ثابت أصـلا وجعله باتا غير قابل للنقض ، كقبـول الموصى له الوصية «[1]»، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته «[2]»، وهو فى الحالتين تصرف بارادة منفردة. وقـد يتخذ التصرف القانونى وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للابطـال عن طريق الاجازة ممن شرع الابطـال لمصـلحته ؛ أو لتغيير الوصف الذى يتصرف بمقتضاه الغير ، كاقرار رب العمل لتصرف الفضولى يحول الفضولى الى وكيل ؛ وكل من الاجازة والاقرار كذلك تصرف بارادة منفردة «[3]». وكذلك فارادة الواقف تنشىء الوقف كشخص اعتبارى. وارادة المنشىء المنفردة بالاضافة الى تسجيل السند الرسمى أوالوصية المثبتة لذلك، تنشىء المؤسسة وتكسبها الشخصية الاعتبارية «[4]» ؛ وهو ما يعنى أن هـذا

---

(١) تنص المـادة ٢٠ من قانون الوصـية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة او دلالة بعـد وفاة الموصى. . . ». وتنص المادة ٢١ من نفس القانون على أنه « اذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه فى ذلك » .

(٢) انظر فى ذلك : عبـد الرزاق السنهورى ، الوسـيط ، ج ١ ، فقرة ٣٨٣ .

(٣) عبـد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعـة القانونية ص ٣ . ــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٤٧ .

(٤) انظر سابقا ، ص ١٠٠١ و١٠٠٣ .

الأثر انما يترتب فى الواقع على واقعة مركبة تتألف من تصرف قانونى بارادة الانشاء ومن واقعة مادية أو قانونية باجراء التسجيل «[١]» •

واذا كانت الأمثلة السابقة كلها تدخـل فى نطاق القـانون المـدنى أو القانون الخاص بوجه عام ، فلا يعنى ذلك أنه لا دور للتصرف القـانونى فى نطاق القانون العام ؛ بل دوره فيه كذلك كبير وأهميته بالغة، ويكفى للدلالة على ذلك التمثيل له فى نطاق القانون العام الداخلى بالتشريع ، واللوائح أو القرارات الادارية التنظيميـة ، والقرارات الادارية الفردية (مثـل تعيين أو فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس) ، والأحكام القضائية ؛ وبالمعاهـدات فى مجال القانون الدولى ؛ فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها وتؤكدها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة •

٣٩٦ ـ أنواع التصرف القانونى وأقسامه

يتنوع التصرف القانونى تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة بتعدد الأوجه التى ينظر اليه من خلالها• وقد سبق أن أشرنا الى أن التصرف القانونى اذا نظر اليه من حيث الأثر الذى يعـود به على صاحبه أو أصحابه قـد يكون **نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر** ،ورأينا كذلك ما يثيره هـذا التقسيم من أهمية وخاصة فى شأن ناقصى الأهلية وتحـديد ما يملـكون اجراءه من تصرفات «[٢]» •

ويتفرع هذا التقسيم فى الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القانونى الى **تصرف بعوض** (acte à titre onéreux) يأخـذ فيه المتصرف مقابلا لمـا يعطى كالبيع والمقايضة والايجار ، **وتصرف على سبيل التبرع** (acte à titre gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية ؛ وتبدو أهمية هذا التقسيم خاصة فى أن تصرف المدين على سبيل التبرع لا ينفذ فى حق الدائن

---

(١) قارن مع ذلك :
اسماعيل غانم ، الموضع السابق.

(٢) راجع سابقا ، ص ٧٩٤ وما بعدها.

ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاء، بينما اذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ٢٣٨ مدنى) •

وينقسم التصرف القانونى كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره، الى **تصرف فيما بين الأحياء** (acte entre vifs) **وتصرف مضاف الى ما بعد الموت** (acte à cause de mort) • والأول ، كالبيع والايجار والهبة ، وهو الأصل فى التصرفات ، ينفذ فى الأصل فى حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم ؛ بينما الثانى ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت• وتبدو أهمية هذا التقسيم فى أن للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع فى تصرفه قبل وفاته (م ١٨ من قانون الوصية) ؛ وفى أن مثل هذا المتصرف ليس مطلق الحرية فى تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصابا ينحصر التصرف فى حدوده ، ومن ذلك أن الوصية صحيحة ونافذة فى حدود ثلث التركة ، أما فيما يجاوز حدود هذا الثلث فلا تنفذ الا باجازة الورثة بعد وفاة الموصى (م ٣٧ من قانون الوصية) •

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانونى ينبغى أن نعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، هى تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطى وتصرف شخصى أو ذاتى ، وتقسيمه من حيث أثره فى الحقوق الى تصرف منشىء وتصرف كاشف • فنبين فيما يلى أساس كل تقسيم منها وأهميته •

١ ــ التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين : قد يكفى لقيام التصرف القانونى وجود ارادة واحدة أو صدوره من شخص واحد يعمل

بوصف واحــد «[١]» ، فيقال انه تصرف من جانب واحــد أو تصرف بارادة منفردة ؛ كالايصاء ، والوقف ، والنزول عن الحق العينى ، والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له الوصية ، واجازة العقد القابل للابطال ، واقرار رب العمــل تصرف الفضولى ، والقرار الادارى . وقــد يتطلب انعقاد التصرف القانونى توافق ارادتين (أو أكثر) على انتاج الأثر القانونى ، فيقال انه تصرف من جانبين وهو ما يعرف باسم العقــد أو الاتفاق «[٢]» ، مثــل عقد البيع والايجار والعمل والمقاولة ، وحوالة الحــق ، وتجديد الدين .

ويشيع فى فقه القانون العام ، وعند بعض فقهائه خاصة مثل «ديجى» «[٣]» ، انكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنعقدة بارادتين أو أكثر ؛ مثل عقــد الزواج بحجة أن طرفيه لا يملــكان تحديد آثاره ، بل القانون هو الذى يستقل بهذا التحديد ويخضع الأزواج جميعا لما يضعه من نظام عام موحد للزواج ولحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ؛ وعقد الشركة بحجة أنه ينظم مصالح موافقة ــ لا متعارضة كما هو الأصــل ــ لأطرافه ، ويولد التزامات متماثلة متبادلة بينهم ؛ وعقد العمل الجماعى **(Le contrat collectif ou la convention collective de travail)** الذى يبرم بين نقابات

---

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفا بارادة منفردة التصرف الذى يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين فى نفس الوقت ، وبذلك يعتبر عقدا تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه (راجــع فى أحكام تعاقــد الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٩٥ـ٩٧) .

(٢) يجرى بعض الفقهاء على التمييز بين الاتفاق والعقــد باعتبار الأول هو الجنس والثانى هو النوع ؛ قــولا بأن الاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله او تعديله أو انهائه ، أما العقــد فتوافق الارادة فيه قاصر على انشاء الالتزام أو نقله فحسب . ولــكن التفرقة بين العقــد والاتفــاق على هــذا النحو غير ذات أهمية ، ولذلك يجــرى العمل على عــدم التمييز بينهما واستعمال أيهما فى الدلالة على نفس المعنى من القدرة على انشاء التزام أو نقله أو تعديله او انهائه (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ح ١ ، فقرات ٣٦ و٣٧) .

(٣) **Duguit, op. cit., t. I, § 37 — § 40, pp. 367 — 425**

العمال وأرباب الأعمال بحجة أنه لا ينشىء مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل فى حرفة أو مهنة معينة ، وأنه بالتالى يسرى على كل أفراد هذه الحرفة أو المهنة دون اقتصار على أطرافه الأصليين فحسب ؛ واقرار المساهمين فى شركات المساهمة لأول نظام للشركة يضعه ويقترحه المؤسسون ، وما يصدر من قرارات عن الجمعيات العمومية أو مجالس الادارة فى الجمعيات والشركات ، بحجة أن ذلك لا يعدو أن يكون مجموعا من الارادات الفردية المنضمة بعضها الى بعض بقصد اتخاذ قرار لتحقيق أو حماية نفس الصالح .

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات الجماعية (actes collectifs) والتصرفات الاتحادية (unions) ، ورغم ما يوجد من أوجه اختلاف غير منكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادى التقليدى للعقد أو الاتفاق مما يبرر اخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الأشكال والصور جميعا اذا أخذنا اصطلاح الاتفاق بمعناه الأعم من كل توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانونى «١» .

٢ ـ التصرف المنظم والتصرف الشرطى والتصرف الشخصى : يرجع الفضل فى هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام أساسا «٢» ، ولذلك أتيح له أن يستقر فى فقه القانون العام قبل فقه القانون الخاص ، وان كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذا الفقه الأخير «٣» .

---

(١) فى هذا المعنى :
Gény, Science et technique, t. IV, pp. 210, 211.

(٢) انظر فى ذلك خاصة :
Duguit, op. cit., t. I, § § 29, 31, pp. 307 - 315, 325 - 331. — Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, pp. 103 - 105.

(٣) انظر فى ذلك خاصة :
Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 70, pp. 66 - 68.

وهـذا التقسيم مبنى على اختلاف دور التصرف القانونى ووظيفته ، وهو ما ينعكس أثره كذلك على مدى آثاره •

فحيث يكون دور التصرف هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل فى القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانونى منظما (acte — règle) ؛ مثل التشريع العادى واللوائح الادارية ، وعقد العمل الجماعى ، ونظم الجمعيات والشركات •

وحيث يكون دور التصرف القـانونى منحصرا فى أن يكون وجـوده شرطا أوليا لازما لاعمال أحكام نظام قانونى عام على شخص من الأشخاص، أو لوضع هـذا الشخص فى مركز ينظمه ويحكمه القـانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (acte — condition) ؛ فمثل هـذا التصرف اذن لا يملك بذاته تحديد آثاره وانما يحددها القانون وحـده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا وشرطا لاعمال أحكام القانون وتطبيق نظام قانونى معين على شخص أو أشخاص يعينهم التصرف • ومن أمثلة التصرف الشرطى: قرار تعيين الموظف ، وقبول التجنس ، وعقـد الزواج• فقرار تعيين موظف عام فى وظيفة معينة ليس هو الذى يحـدد مركزه القـانونى ، وانما يكون مجرد شرط أولى لازم لتطبيق نظام الموظفين عليه ، وهو نظام يستقل القانون بتحديده• وقرار قبـول تجنس شخص معين ليس هو الذى يحـدد مركزه وانما القانون هو الذى يحدده، فلا يكون هذا القرار الا شرطا لازما لوضع هذا الشخص فى مركز المتجنس واخضاعه للنظام القانونى للمتجنسين• وعقد الزواج الذى ينعقـد بين زوجين معينين ليس هـو الذى يحـدد حقوقهما وواجباتهما المتبادلة ، وانما هو الشرط الأولى اللازم لتطبيق النظام القانونى للأزواج عليهما •

وحيث يكون دور التصرف القانونى انشاء مركز شخصى لأطرافه ، أى مركزا خاصـا مؤقتا ، يعين التصرف نفسه مـداه ويحـدد آثاره ، يكون التصرف شخصيا أو ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية ، وعقـد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة •

ويراعى فى شأن هذا التقسيم أن الحـد الفاصل بين التصرف الشخصى والتصرف الشرطى ليس بالقاطع ، وأنه يدع مجالا للتداخـل والاختلاط بين نوعى التصرف ، حيث يضيق مـدى سلطان الارادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام «١» ، وهو ما يكثر فى العصر الحديث خاصة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطنى «٢» .

ولكن الى جوار ذلك، نراعى ما تثيره التصرفات المنظمة من أهمية بالغة من حيث مدى اعتبارها مصدرا من مصادر القانون «٣» ؛ اذ يقال انه ما دامت مثل هـذه التصرفات تضع أو تعدل قواعد عامة مجردة، فلازم ذلك أنها تضع قواعـد قانونية بالمعنى الصحيح . واذا كان لا خـلاف على اعتبار التشريع عموما (دسـتورا كان أو قانونا أو لائحة) ، وهو من التصرفات القانونية، مصدرا للقواعد القانونية؛ فيبقى أن التصرفات الأخرى التى تضرب مثـالا للتصرفات المنظمة، كعقد أو اتفاق العمل الجماعى وأنظمة الجمعيات والشركات والنقابات ولوائحها الداخلية وعقود الاذعان المفروضة بصورة موحـدة من الطرف الأقوى على كل من يتعاقد معه ، تثير خلافا حـول اعتبارها كذلك . ولكن يبدو أن من الواجب عدم اعتبار أى من هذه التصرفات مولدا لقواعد قانونية الا اذا كان من الثـابت صـدوره أولا ممن يملك الالزام بقواعـد قانونية ؛ وتوافره ثانيا على صفة مؤكدة من العمـوم والتجريد ، بانصرافه الى طائفة من الأشـخاص معينين بوصـفهم لا بذواتهم ، وصلاحيته للتطبيق فى الحال والاستقبال على كل من يتوافر فيه هـذا الوصف ، وهو ما يقتضى توجهه بالخطـاب والالزام الى غير أطرافه كذلك وخروجه بالتالى على الأصل من مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية .

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 122, p. 211

(٢) Colin, Capitant et De La Marandière, op. cit., t. I, No. 70, p. 67.

(٣) انظر فى ذلك :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 124, pp. 212 - 214.

٣ ـ **التصرف المنشىء والتصرف الكاشف** : يقوم هـذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانونى فى الحقوق ، فقد يكون هذا الأثر انشاء للحقوق وقد يكون كشفا وتقريرا لها ؛ ولذلك فالتصرف القانونى من هـذا الوجه اما تصرف منشىء (acte constitutif) واما تصرف كاشف أو مقرر (acte déclaratif)

اما **التصرف المنشىء** ، وهو الغالب فى التصرفات ، فهو الذى من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص ـ ابتـداء أو انتقالا • والتصرف المنشىء ابتـداء هو الذى يخلق حقا جديدا أصلا ؛ كعقد الزواج ينشىء لـكل من الزوجين قبـل الآخر ـ نتيجة اخضاعهما لنظام الزواج القانونى ـ حقـوقا مبتـدأة ، والحـكم القضائى بتطليق الزوجة على زوجها ينشىء للزوجة ـ وأحيانا للزوج ـ حقوقا مبتدأة كذلك• والتصرف المنشىء انتقالا هو الذى ينقل أو يحول حقا قائما أصلا من صاحبه الأصلى الى صاحب جديد ، كعقد البيـع أو الهبة ينشىء للمشترى أو للموهـوب له حقا فى ملـكية المبيع أو الشىء الموهوب بنقله اليه من البائع أو الواهب ، وينشىء للبائع حقا فى الثمن بنقله اليه من المشترى •

فيكون الفارق اذن بين التصرف المنشىء ابتداء والتصرف المنشىء انتقالا أن الحق فى الأول ـ على خلاف الحال فى الثانى ـ لا ينتقل من صاحب أصلى قديم الى الصاحب الحالى المعين فى التصرف• وهـذا هو الذى يكمن وراء ما يشيع فى الفقه من قصر اصطلاح «التصرف المنشىء» على التصرف المنشىء ابتداء وحده ، واطلاق اصطلاح « التصرف الناقل » (acte translatif) على التصرف المنشىء انتقـالا• ولـكن يبدو أنه ـ على الأقل ـ فى مجـال المقـارنة والمقابلة بين هـذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الـكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج فى الاكتفاء باصطلاح « التصرف المنشىء » وصرفه الى الانشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهو يستوعبهما معا ويفيد ما يتحدان فيه من معنى انشاء حـق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتا أو غير ثابت أصلا لغيره •

واما التصرف الكاشف او المقرر (acte déclaratif) «١» ، فليس من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالا ، وانما هو يفترض أصلا وجود حق قائم من قبل مترتبا على تصرف منشيء سابق ، ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الانكار ، أو تكون بعض عناصره — رغم التسليم بوجوده — محل منازعة ، أو يرد عليه من الوصف ما يضعه ويحد من مباشرته ، فيحتاج اذن الى التحرر مما يثقله من هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو الذى يحقق له ذلك. فالتصرف الكاشف اذن هو الذى يسمح لحق سابق غير فعال بانتاج كل آثاره «٢» ، أو هو الذى يطلق لحق سابق كامل مفعوليته بتحريره مما كان يعترضها من عقبات .

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse, Rennes, 1932. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif. Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse, Toulouse, 1949.

اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، فقرة ٩١ وما بعدها. — وكذلك كتابنا فى الحقوق العينية الأصلية سالف الذكر ، فقرة ١٣١ ، ص ٣٧٥ — ٤١٤ .

(٢) Merle, thèse précitée, Nos. 219, 254

وقد انتهى الفقه الحديث بهذا التعريف الى انكار اقتصار التصرف الكاشف على المدلول المحدود الذى كان ينسبه اليه الفقه التقليدى والذى كان يتضاءل به الى ان يكون مجرد تصرف اقرارى او اعترافى (acte recognitif) يقتصر على الاعتراف بحق سابق دون تغيير فى عناصره ، واستقر على توسعة مدلول اصطلاح « التصرف الكاشف » بما يتفق مع حقيقة وظيفته بحيث يكون من شأنه — رغم الاستناد الى حق سابق — التغيير فى بعض عناصره بما يبدد ما كان يحوطه من غموض أو يرفع ما كان يعترضه من عقبات (انظر فى ذلك :

Hébraud, A propos d'une forme particulière de copropriété, la copropriété par appartements, Revue trimestrielle de droit civil, 1938, pp. 62 66. — Boyer, thèse précitée, p. 361. — Merle, thèse précitée, Nos. 219 - 221.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٠ و ٢١١ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٨٠—٣٨٣ .

والاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والأحكام القضائية فى الأصل ، والصلح، والقسمة أمثلة بارزة على التصرفات القــانونية الــكاشفة التى ترد على حق سابق كامــل مفعوليته بما تحمله له من عناصر التأكيد أو القوة أو تحــديد المضمون أو المحل التى كان يفتقدها •

فالاعتراف بالبنوة الطبيعية ، فى الشرائع التى تبيح هــذا الاعتراف ، هو السند اللازم الذى كانت تفتقــده البنوة الطبيعية القائمة أصــلا لانتاج آثارها القانونية «١» •

والأحكام القضائية أحكام كاشفة فى الأصل «٢» ، لأنهــا انما تعترف بحق سابق محــل منازعة فى وجوده أو فى بعض عناصره وتعطيه ما كان يفتقد من تأكيد أو قوة أو تحديد «٣» •

والصلح كذلك تصرف كاشف ، اذ هو عقــد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفا للآخر فيما عدا ذلك بما يدعيه• فالصلح اذن ليس هو المصدر المنشىء لحــق كل من المتصالحين اذ هو سابق على الصلح ، وانما يكشف الصلح عن سبق وجود هذا الحق ويحــدده على النحو الذى تنتفى به المنازعة فيــه فيكسبه ما كان ينقصه ــ نتيجة هذه المنازعة ــ من تأكيد •

وقسمة المال الشائع كذلك تصرف كاشف ، فهى لا تنشىء لكل متقاسم حقا جــديدا لم يكن له من قبل ، وانما تكشف عن حقــه القائم أصلا منذ الشيوع وبنفس سنده «٤» ، ولــكن مع تحريره مما كان يثقــل مباشرته فى

---

(١) انظر فى ذلك :
Merle, thèse précitée, No.. 20.

(٢) ولــكن استثناء من ذلك توجد بعض احكام قضائية منشئة ، مثل الحــكم بالتطليق والحــكم بالرجوع فى الهبة ، والحــكم برسو المزاد .

(٣) انظر فى ذلك :
Merle, thèse précitée, No. 71.

(٤) فاذا كان الشيوع نتيجة تركة ورثها الشركاء معا أو اشــتراك منهم فى شراء الشىء الشائع ، فيظل سند حــق كل شركة متقاسم بعــد القسمة هو سنده قبلها من الميراث أو عقد البيع .

ظل الشيوع من قيود التزاحم بين الشركاء ، وذلك عن طريق تقسيم الشيء الشائع وافراز نصيب مادى منه لكل شريك متقاسم بما يساوى حصته الرمزية «١» فى الشيوع ، بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين. فحق الشريك القائم أصلا منذ بدء الشيوع هو بذاته الذى يستمر قائما بعد القسمة ، ولكن مع تركز محله فى جزء مادى مستقل من الشيء الشائع ومساو لحصة الشريك الرمزية بعد أن كان — طوال الشيوع — واردا هو وحقوق باقى الشركاء فى نفس الوقت على الشيء الشائع جميعه. والقسمة — بما تجريه من تجزئة للمحل الكلى وانكماش فى محل حق كل شريك متقاسم — انما تحول وصف هذا الحق من حق شائع الى حق استئثارى يخلص لصاحبه وحده ، وتطلق له بذلك كامل مفعوليته التى كان يحد منها تزاحم حقوق الشركاء وقت قيام الشيوع على نفس المحل وتقييد مباشرتها بالتالى تقييدا متبادلا «٢» .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث أثر التسجيل خاصة «٣». فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لكى تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين

---

(١) كالنصف او الثلث أو الربع .

(٢) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٨٢ و٣٨٣ .

(٣) وكذلك تبدو هذه الأهمية فى أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق اى أنه فى طبيعته تصرف منشيء ولا يعيبه الا صدوره من غير صاحب الحق (انظر فى ذلك: اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ ، فقرة ١٠٠ ، ص ٢١٨ و٢١٩ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٨٣) .

وقد كان الفقه التقليدى يرتب كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بأثرها الرجعى. وليس هنا مجال الدخول فى مناقشة هذا الفقه تفصيلا ، ويكفينا أن نقول ان ما يقيمه من ترادف بين الأثر الرجعى والتصرف الكاشف ليس الا محض افتراض وانه ليس فى طبيعة التصرف الكاشف ما يحتم رجعيته (انظر خاصة فى نفى الأثر الرجعى للقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٩١ و١١٠—١١٣ . كتابنا سالف الذكر، فقرة١٣١، ص ٣٩٤—٤١١) .

ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا بتسجيلها (م ٩ و١٠ من قانون الشهر العقارى) •

فعقد بيع عقار — وهو تصرف منشىء — لا يرتب أثره من نقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، الا بالتسجيل ، بحيث يظل المبيع — الى أن يتم التسجيل — على ملك البائع ولا يكون للمشترى قبله الا مجرد حق شخصى أو حق دائنية •

أما قسمة عقار شائع — وهى تصرف كاشف — فتنتج أثرها فيما بين المتقاسمين منذ تمامها دون توقف على تسجيلها ، بحيث يعتبر كل متقاسم فى مواجهة باقى المتقاسمين مالكا منذ القسمة ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له • ولكن ضرورة حماية الغير أمام عدم تغير سند حق المتقاسم بالقسمة وتغير أو تركز محل حقه بها ، تقتضى استلزام تسجيلها لامكان الاحتجاج بما تحدثه من تغيير وتعديل على الغير «(١)» ولذلك لا يستطيع المتقاسم الاحتجاج على الغير بالملكية المفرزة لنصيبه المقسوم له الا بعد تسجيل القسمة ، بحيث يكون للغير — قبل حصول هذا التسجيل — تجاهل القسمة وما أحدثته من افراز واعتبار وضع الشيوع ما يزال قائما «(٢)» •

---

(١) ولكن اذا كان تسجيل القسمة لازما لامكان الاحتجاج بها على الغير، فينبغى أن يراعى أن هذا التسجيل انما شرع كاجراء لحماية الغير لا لحماية المتقاسمين ؛ ولذلك اذا كان المتقاسمون لا يملكون الاحتجاج على الغير بالقسمة عند عدم تسجيلها ، فيملك الغير الاحتجاج بها عليهم رغم عدم التسجيل اذا كانت له مصلحة فى هذا الاحتجاج (راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر، ص٣٨٦، والاشارة فيها الى أحكام محكمة النقض المستقرة على هذا المبدأ) •

(٢) فاذا باع احد المتقاسمين رغم تمام القسمة نصيبه شائعا فى العقار المقسوم ، وسجل المشترى عقد البيع قبل تسجيل القسمة ، فلا يستطيع باقى المتقاسمين ان يحتجوا عليه بالقسمة ما دام قد تلقى حقه قبل تسجيلها وأصبح بذلك شريكا محل الشريك البائع اذ ما يزال وضع الشيوع قائما فى مواجهته ، ويكون له على هذا الأساس أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة وأن يطلب اعادة اجراء القسمة من جديد اذا أراد (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٩٤ ، ص ٢١٣—٢١٤، وأحكام النقض التى يشير اليها فى هامش (٢) من ص ٢١٣) •

٣٩٧ ـ مبدأ سلطان الارادة وقيوده

اذا كان التصرف القانونى ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى ، فمقتضى ذلك الاعتراف للارادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة انشاء الحقـوق ونقلها وتغييرها وانقضائها ؛ ويعبر عن ذلك بمبـدأ سلطان الارادة. ولـكن من الواضح أنه ليس للارادة مثل هـذا السلطان الا اذا كانت كاملة صادرة من ذى أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الغلط أو التدليس والاكراه والاستغلال (م ١٢١ ـ ١٣٠ مدنى)، وكان لها محـل وسبب مشروع (م ١٣٥ و١٣٦ مدنى).

وقد سبقت الاشارة الى ما كان لانتصار المذهب الفردى من أثر فى المغالاة فى اطلاق مبدأ سلطان الارادة [١] ومحـاولة رد جـل الآثار القانونية ـ ان لم يكن كلها ـ الى الارادة [٢]. ولـكن لم تلبث هذه المغالاة أن تكشفت ـ أمام تطور الحياة الاقتصادية ـ عن نتائج ظالمة ، اذ صار مبـدأ سلطان الارادة سـلاحا فى يد الأقوياء يتحكمون به فى الضعفاء باسم حرية الارادة وسلطانها ، مما مهد لمغالاة عكسية من جانب المذهب الاجتماعى فى اهـدار سلطان الارادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العام [٣].

غير أنه اذا كانت المغالاة فى اطلاق مبدأ سلطان الارادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالاة فى اهـداره ليست بالمأمونة العواقب. لذلك يتخـذ المشرع المصرى موقفا وسطا بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى فى هذا الشأن [٤]، فيقرر فى الأصل مبدأ سلطان الارادة، ثم يورد عليه من القيـود ما يتوقى به خطر اطلاقه ولكن دون أن ينتهى الى الغائه. ومبـدأ سلطان الارادة ، فى الواقـع ، له وجهـان متقابلان : كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى من ناحية ، وقدرة الارادة واستقلالها بتحـديد ما يترتب

---

(١) انظر سابقا ، ص ٢٠١ـ٢٠٣ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ١٠٥٦ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٢٠٦ و٢٠٧ .

(٤) راجع سابقا ، ص ٢١٢ـ٢١٤ .

على التصرف من آثار قانونية من ناحية ثانية. فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلي :

١ ـ كفاية الارادة لانشاء التصرف القانوني : اذا كان مقتضى مبدأ سلطان الارادة أن مجرد الارادة وحدها تكفي لانشاء التصرف القانوني دون شكليات معينة تصحبها كما كان الحال في بعض الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، فان قاعدة الرضائية هذه ليست مطلقة. فثم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشوئها وانعقادها «١» افراغها في شكل معين من الأشكال ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا ؛ كاشتراط أن تتم هبة العقار والرهن الرسمي وانشاء الوقف وانشاء المؤسسة حال حياة المنشيء بورقة رسمية ، أو اشتراط أن يتم انعقاد التصرف بورقة مكتوبة عرفية ، كما في نظام الجمعيات والشركات والتصرف في الحق المالي للمؤلف .

٢ ـ قدرة الارادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك : مقتضى مبدأ سلطان الارادة كذلك أن الارادة المنشئة للتصرف القانوني قادرة في الأصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد، بحيث يجب تحقيق هذه الآثار كما حددتها الارادة دون تغيير أو تعديل. ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الارادة ليس متصورا . فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة في أمر نظام من الأنظمة الأساسية في الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الارادة في ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردي على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات .

---

(١) أما تطلب شكل معين ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانوني ، فليس في حقيقته قيدا على قدرة الارادة وكفايتها لانشاء التصرف القانوني ؛ اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينعقد ، في مثل هذه الأحوال ، بمحض الارادة المجردة من هذا الشكل ، وان كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يتيسر اثباته بالاقرار أو اليمين .

فثم تصرفات ينعدم سلطان الارادة فى تحــديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الاحالة فى شأن هــذا التحديد الى نظــام قانونى معين يستقل بفرضــه القانون ، كما هو الشأن فى التصرفات الشرطية كعقد الزواج .

وواضح ، الى جــوار ذلك ، أن فكرة النظام العام والآداب تعتبر هى القيــد الرئيسى الذى يرد على ســلطان الارادة فى ترتيب ما تشاء من آثار قانونية . وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردى فى صــورته المطلقة ، أمام تقدم وانتشار المذهب الاجتماعى ، ازدياد تدخل الجماعة فى علاقات الأفراد كفالة للصالح العام وتحقيقا للتــوازن بين قوى الأفراد غير المتعــادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابله بالطبيعة انكماش ظاهر فى مدى سلطان ارادة الأفراد فى ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية ، كعقد العمــل الفردى ، أقرب الى التصرفات الموجهة التى يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها .

وكذلك فان وجوب التزام ما تحدده الارادة من آثار قانونية وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة. فالمشرع المصرى الذى يقرر هذه القاعدة فى شأن العقود بقوله « العقــد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعــديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » (م ١٤٧/١ مــدنى) ، لا يلبث أن يخرج عليها فيعطى للقاضى سلطة واسعة فى تعديل العقود وتغيير ماحددته الارادة من شروط فى أحوال معينة .

فالمادة ١٤٧/١ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ... اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعــاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهــدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ــ تبعا للظروف وبعــد الموازنة بين مصــلحة الطرفين ــ أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفــاق على خلاف ذلك ». فاذا تعاقد شخص على توريد بضاعة معينة طوال مــدة

معلومة بسعر معين ، ثم نشبت بعد التعاقد حرب لم تكن متوقعة وترتب على ذلك ارتفاع ثمن البضاعة ارتفاعة فاحشا مما يصبح معه وفاء الالتزام بالتوريد شديد الارهاق للمتعهد به ، فخروجا على الأصل من وجوب تنفيذ الالتزام على النحو المحدد فى العقد ، يخول القانون القاضى سلطة واسعة فى اعادة النظر فى الالتزام لتخفيف عبئه الطارىء ، اما بالأمر بوقف تنفيذه مؤقتا أو بالانقاص منه أو بالزيادة فى الالتزام المقابل ؛ وهذه هى النظرية المعروفة باسم « نظرية الظروف الطارئة » «[١]» •

وكذلك تقضى المادة ١٤٩ من التقنين المدنى بأنه « اذا تم التعاقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ؛ ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » • ويقصد بعقود الاذعان «[٢]» تلك العقود التى يملى فيها طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكارا قانونيا أو فعليا أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيرا من المنافسة فى شأنها ، مما يضطر معه طالب الخدمة أو السلعة ــ وهى من الخدمات أو السلع الضرورية التى لا يستطاع الاستغناء عنها ــ الى الاذعان وقبول كل ما يفرض عليه من شروط للتعاقد عليها ؛ وذلك مثل العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات النور والغاز والمياه وشركات ومصالح السكك الحديدية والبواخر والطائرات وهيئات أو مصالح التليفون والبرق والبريد ، فلا مناقشة فيها وانما يقبلها الأفراد برمتها وعلى علاتها• وقد كان مقتضى مبدأ سلطان الارادة واعتبار العقد شريعة المتعاقدين وجوب تنفيذ مثل هذه العقود بكل ما يرد فيها من شروط ، ولكن المشرع ــ حماية للطرف الضعيف المذعن ــ

---

(١) راجع فى تفصيل هذه النظرية خاصة :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤١٤–٤٢٣ .

(٢) راجع فى ذلك خاصة :
عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الاذعان ، رسالة من القاهرة ، ١٩٤٦ .

يخرج على هذا المبدأ ويخول القاضى سلطة تعديل ما يعتبر تعسفيا من هذه الشروط أو اعفاء الطرف المذعن منها .

وكذلك اذا كان الأصل هو قدرة الارادة بذاتها على توليد ما يحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هـذه الآثار أو بعضها على وجـوب اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر والعـلانية للتصرف القـانونى حماية للغير واستقرارا للمعاملات ؛ كما يفعـل حينما يعلق انتاج التصرفات القانونية لانشاء أو نقل أوتغيير أو زوال الحقوق العينية الأصلية العقارية ـ سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ـ على تسجيل هـذه التصرفات (م ٩ من قانون الشهر العقـارى) ، وحينما يعلق انتاج التصرفات القانونية المنشئة لحقـوق عينية عقـارية تبعية لأثرها من التتبع والأفضلية فى مواجهة الغير على قيدها (م ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

الباب الثالث

استعمال الحـق

٣٩٨ ـ استعمال الحق فى تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه «١» ، ان مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التى يخـولها الحق لصاحبه. فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التى يخولها هـذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، ومضمون حـق المقرض هو قـدرته على مطالبة المقترض برد القرض فى الأجل المضروب، ومضمون حق المؤلف هو السلطات التى تثبت للمؤلف على مصنفه سواء كانت معنـوية تعبر عن أبوته الفكرية أو مالية تنحصر فى استغلال المصنف استغلالا ماليا .

وهذه السلطات التى تكون مضمون الحق هى التى يستعملها صاحب الحق فى سبيل التمتع بحقه. والأصل أن استعمال هـذه السلطات ، بوجه عام ، يحميه القـانون ويعصم صاحبه من المسئولية عن نتائجه ، لأن الحق انما يسـتند الى القانون ويستمد وجـوده الوضعى منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعـلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا، كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة فى استعمال حقـه ، بحيث لا يكون مسئولا عما يصيب الغير من ضرر من جراء هـذا الاستعمال. وقـد أعان على ترويج الاعتقاد فى هـذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردى الذى يقوم فقهه فى أساسه على الفرد وحقوقه، ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له. فالنظرة الى الفرد فى هـذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذى تسخر الجماعة فى خـدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق فى استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب.

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٧٢ .

غير أن المذهب الاجتماعى الذى يقوم فى أساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردى فى هذا الصدد ، فذهب غـلاة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازا بل تفرض عليه التزاما الى حد القول بأنه « ليس لأحـد من حق الا فعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحـق كالموظف موكلا باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الأساسى لـكل مجتمع .

وظاهر ما يوجـد من مغالاة من جانب كل من المذهبين فى النظرة الى الحق واستعماله «[1]» ، فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق فى استعماله يجعل الحق فى يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره فى سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة ، يلغى فكرة الحق الغاء يمحو كيان الفرد واستقلاله .

من أجـل ذلك ، يذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة فى مجموعها مـذهبا وسطا بين النزعتين المتطرفتين ، يتخـذ مظهره فى النظـرية المعروفة باسم « نظرية التعسف فى استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحـق بتحـويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحـق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليه من نفع ، ولـكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحـق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرية الى استعمال الحق . فلم يعـد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقـدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق أغـراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حمـاية القانون مبسوطة على الاستعمال المشروع وحـده. أما الاستعمال المنحرف الذى يحيـد به صاحب الحق عن طريقه

---

(١) انظر سابقا ، ص ٢١١ .

الطبيعي ويخلق من الحق فى يده سلاحا يرفعه فى وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ؛ مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هــذا الاستعمال. وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقــوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف فى استعمال الحــق » التى تعبر عن هــذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك. فنعرض لهذه النظرية فيما يلى :

نظرية التعسف ((١)) فى استعمال الحق *

La théorie de l'abus de droit

٣٩٩ ـ الأصول التاريخية للنظرية والانتهاء الى تقنينها فى القانون المصرى

اذا كانت نظــرية التعسف فى استعمال الحــق قــد كتب لها التبلور

---

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هى التسمية السائدة. ولكن توجــد تسميات أخرى قد تكون اظهر فى الدلالة على ما تعنيه هــذه النظرية ـ كما سنرى ـ من ارتهان استعمال الحــق بغايته أو قيمته الاجتماعية ، مثــل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثــل « جوسران ». ولــكننا آثرنا رغم ذلك الابقاء على التسمية السائدة، لأنها قــد اكتسبت ـ بشيوعها وقدمها ـ حجية واســتقرارا فى الأذهان ليس من الصالح زعزعته بتغيير الاصطلاح .

* المراجع :

Porcherot, De l'abus de droit. thèse, Dijon, 1901. — Ripert, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse, Aix, 1902. — Salanson, De l'abus du droit, thèse, Paris, 1903. — Buttin, L'usage abusitif du droit, thèse, Grenoble, 1904.—Josserand, De l'abus des droits, 1905.—Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1906.—Vallet, L'exercice fautif des droits, thèse, Poitiers, 1907. — Dobrovici, De l'abus de droit, thèse, Paris, 1909. — Bardesco, L'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, thèse, Lyon, 1913., — Roussel, L'abus du droit, thèse, Paris, 1913. — Laparre, La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir,

=

والاستقرار كنظرية عامة فى العصر الحديث ، فلا يعنى ذلك أن هـذه النظرية نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جـذورها تمتد الى الماضى البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة الى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية .

=

thèse, Paris, 1913. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Sultan, Contribution à l'étude de l'abus des droits, thèse, Alger, 1926. — Radulesco, Abus des droits en matière contractuelle, thèse, Paris, 1935. — Marson, L'abus du droit en matière de contrat, thèse, Paris, 1935. — Markovitch, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2me. éd., 1939. — Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, (dactylographiée).

Charmont, L'abus du droit, Rev. trim. droit civil, 1902, p. 113 et s. — Saleilles, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'études législatives, 1905, p. 325 et s. — Desserteaux, Abus de droit et conflits de droits, Rev. trim. 1906, p. 119 et s.— Ripert, L'exercice des droits et la responsabilité civile, Rev. crit., 1906, p. 352 et s. — Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. 1928, p. 365 et s. — Ripert, Abus ou relativité des droits, Rev. crit., 1929, p. 33 et s. — Josserand, A propos de la relativité des droits, Rev. crit., 1929, p. 277 et s. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. 1944, p. 1 et s.

Premier Congrès international de l'Association Henri Capitant, (Québec - Montréal, 1939), 4me séance, « De l'abus du droit dans la responsabilité », p. 611 et s.

Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 187 - 238. — Mazeaud (H. et L.), Traité de la responsabilité, op. cit., t. I, Nos. 547 - 592. — Planiol, Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI. 2e éd., 1952, Nos. 573 - 591. — Dabin, op. cit., pp. 236 - 308.

=

ففى **القانون الرومانى** «١» ، ورغم ما قد يوجد فيه من نصوص متعارضة، نستطيع أن نبصر بالنواة الأولى لفكرة التعسف فى استعمال الحق ، اذ رغم أن مبدأ اطلاق الحقوق كان هو الأصل المسلم ، الا أن التطور لم يلبث أن انتهى الى التخفيف من صرامة هذا المبدأ. واذا كان من المغالاة تأييد ما يذهب اليه بعض الفقهاء «٢» من وجود نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق فى القانون الرومانى ، فمن المؤكد على الأقل أن القانون الرومانى قد عرف — فى صدد بعض الحقوق — فكرة التعسف فى صورتها البدائية الضيقة وهى صورة تعمد الاضرار بالغير «٣». وقد أتيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق أن تنتقل الى القانون الفرنسى القديم على نحو أكثر اتساعا ، اذ أصبح التعسف متحققا ، لا باستعمال الحق بنية الاضرار فحسب ، بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه «٤» .

= أنور سلطان ، نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الأول ، ص ٧١—١٣٦ . — حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩٤٧ .

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢—٥٦٧ . — عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ١٩٥٣ ، ص ٤٥٨—٤٧٠ . احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرات ٤٤٨—٤٥٨ . — أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٣٣—٤٤٤ . — عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٤٣٥—٤٤٥ . — المؤلف : محاضرات فى المدخل للقانون ، ١٩٥٤ ، ص ٥١٣—٥٢٤ ؛ الحقوق العينية الأصلية ، فقرة ٩٧ وما بعدها .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Appleton, Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits, Revue internationale de l'enseignement, 1924, p. 142 et s.

(٢) Carnil, Le droit privé, 1924, p. 102. — Josserand, L'esprit des droits, No. 2.

(٣) فى هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 555. — Kira, thèse précitée, p. 4.

(٤) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 556. — Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 573.

وفى الشريعة الاسلامية «١» ، أتيح للفقه الاسلامى أن يمكن لفكرة التعسف فى استعمال الحق وأن يعطيها أوسع تصوير ممكن وصلت اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . وليس ذلك بمستغرب ، فالشريعة الاسلامية شريعة دينية النزعة لا تعرف الا خيطا رفيعا فاصلا بين القانون والأخلاق ، بحيث لم تكن فكرة التعسف فى استعمال الحق واجدة تربة أصلح من تربة هذه الشريعة تنبت وتترعرع فيها «٢» ؛ فالحقوق فى نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله «٣» ، وهو المشرع الأسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية «٤» . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الاسلامية فى صورة تعمد الاضرار بالغير على النحو الذى كانت عليه فى القانون الرومانى ، بل اتسعت لتشمل صورا أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام، والضرر الفاحش الذى ينجم عن استعمال الحق «٥» . ولهذا كان طبيعيا أن يحرص المشرع المصرى، فى صياغة

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Fathy, thèse précitée.

وانظر كذلك :

السعيد مصطفى السعيد ، فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث (دراسة فى نظرية سوء استعمال الحقوق) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وخاصة ص ٢٤ــ٤٢ . ــ أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٨٢ــ٩٠ . ــ حسين عامر، المرجع السابق، فقرات ٢٩ــ٧٨ .

(٢) Notre thèse précitée, p. 5

(٣) أحمد ابراهيم ، مدى استعمال الحق وما يتقيد به فى الشريعة الاسلامية ، مقال بمجلة كلية الحقوق ، مشار اليه فى رسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، سالفة الذكر ، ص ٢٤ .

(٤) انظر فى ذلك :

Fathy, thèse précitée, No. 146.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٩ــ٤٢ .

(٥) Fathy, thèse précitée, No. 153 et s.

نظرية التعسف فى استعمال الحق، على الاستعانة بتصوير الشريعة الاسلامية لفكرة التعسف .

ولكن فكرة التعسف فى استعمال الحق لم تلبث أن انتكصت وتراجعت أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر، وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدنى الفرنسى الصادر غداة الثورة فى مطلع القرن الماضى بهـذه النزعة وما تعلنه من فكرة سيادة الفـرد وحريته الـكاملة وخاصة فى استعمال حقـوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه فى ذلك من قبل القضاء ، الى حد تعريف حق كحق الملـكية ـ وهو فى الطليعة من الحقوق ـ بأنه « الحـق فى التمتع والتصرف فى الأشياء بالطريقة الاكثر اطلاقا » (م ٥٤٤) .

ولا نعيـد القول فى انتقاد المذهب الـفردي ولا فيما جره تطبيقه من نتائج ظالمة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل «١» ؛ وانما يعنينا فى هـذا المقام أن تكاثر الهجـوم على المذهب الفردى وابتـداء ظهور الدعـوة للمذهب الاجتماعى ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسى منذ أواسط القرن الماضى ـ رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى اطلاق الحقـوق ـ على فرض رقابته على استعمال الحقـوق ، وعلى مواصلة السير فى طريق هـذه الرقابة والتوسعة فيها ؛ مما انتهى ـ فى مطلع القرن الحالى ـ بمعونة الفقه وتأصيـله ـ الى احياء ما اندثر من فكرة التعسف فى اسـتعمال الحـق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز النطاق المحدود الذى كانت عليه فى القـانون الرومانى والقانون الفرنسى القـديم. ولم يلبث المشرع الفرنسى أن اعتنق نظرية التعسف ، ان لم يكن بنص يفرض مبدأ عاما ، ففى الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة «٢» لمثل هذا المبدأ الذى جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٩٢ .

(٢) انظر فى ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 558.

ورغم أن التقنين المدنى المصرى القديم قد وضع فى أواخر القرن الماضى بعد أن ابتدأ القضاء والفقه الفرنسيان يتجهان الى نفى مبدأ اطلاق الحقوق وتقرير مبدأ رقابة استعمالها وتحريم التعسف فيه ، الا أنه قد جاء مسايرا ومطابقا للأصل الذى نقل عنه ، فظل أمينا على نصوص التقنين المدنى الفرنسى ـ ذى النزعة الفردية الغالبة ـ التى لم تتغير رغم اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسى المتحررة من الفردية ومن مبدأ اطلاق الحقوق ؛ ولذلك لم يتضمن نصا يقرر مبدأ عاما فى رقابة الحقوق وعدم مشروعية التعسف فى استعمالها ، وان كان لم يخل ـ على أى حال ـ من نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لفكرة التعسف «[١]» . ورغم أن هذه النصوص القليلة لم تكن تفصح افصاحا تاما عن اتجاه المشرع المصرى حينئذ الى الأخذ بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، الا أن القضاء المصرى لم يتردد فى اعتناق هذه النظرية والتوسع فى تطبيقها ، والسير بذلك فى الطريق الذى اختطه الفقه الاسلامى منذ قديم والذى اتبعه القضاء والفقه الفرنسى فى العصر الحديث «[٢]» .

لذلك عنى التقنين المدنى الجديد بتقنين مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص فى المادة الرابعة على أن « من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ، وعرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعاييره التى تجعل استعمال الحق غير مشروع . واستهدى فى صياغة هذه النظرية بمذهب الفقه الاسلامى خاصة وبالمذاهب الفقهية الحديثة ونصوص الشرائع الوضعية المعاصرة التى باتت

---

(١) انظر فى ذلك :

Notre thèse précitée, p. 9, 10.

(٢) انظر فى ذلك :

Lambert, Introduction à la thèse déjà précitée de Fathy, p. XXXIV et s.

تستقر اليوم على تقرير وتأصيل هذه النظرية »(١) •

ولم يكتف المشرع المصرى بتقرير نظرية عامة للتعسف على هذا النحو، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة، فمن ذلك نصه على أنه « يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين (الحاسمة) اذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها » (م ٤١٠/١ مدنى) ، ونصه على أنه « اذا فسخ (عقد العمل) بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر — الى جانب التعويض الذى يكون مستحقا له بسبب عدم مراعاة ميعاد الاخطار — الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا » (م ٦٩٥/٢ مدنى) ، ونصه على أنه « ••• ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٨١٨/٢ مدنى) •

٤٠٠ — استقرار النظرية نهائيا فى القانون الحديث

اذا كان القضاء والفقه الفرنسى قد انتهيا الى اقرار وتأصيل نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ولم يبخل عليهما المشرع الفرنسى بتأييده فى تطبيقات عديدة أثرها للنظرية ، واذا كان المشرع المصرى قد انتهى كذلك الى الأخذ فى التقنين المدنى الجديد بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق كما رأينا ، فان هذا الاتجاه المناصر للنظرية هو الاتجاه الذى بات سائدا ومستقرا فى القانون الحديث عموما •

واذا كان القضاء — مؤيدا من الفقه — هو الذى حمل عبء تقرير هذه النظرية فى كثيرمن الدول، ففى دول أخرى كان الأخذ بهذه النظرية بنصوص

---

(١) وفى ذلك تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ان المشرع قد وضع بذلك « دستورا لمباشرة الحقوق الف فيه بين ما استقر من المبادىء فى الشريعة الاسلامية وبين ما انتهى اليه الفقه الحديث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه ؛ وبذلك اتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الاسلامى فى أرقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة » [مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢١١] •

تشريعية تقررها كمبدأ عام «١» .

غير أن الاتفاق على الأخذ بالنظرية فى القانون الحديث، على هذا النحو، لا يعنى الاتفاق على مفهوم أو مدلول واحد للتعسف ، بل نرى اختلافا بين الشرائع والأنظمة القانونية الحاضرة فى هـذا الصدد وتراوحا بين التضييق أو التوسعة فى نطاق النظرية .

فبينما نرى التقنين المدنى الألمانى «٢» ـ ولعله أول تقنين حديث يمنح تأييدا عاما وصريحا لهذه النظرية فى مطلع القرن الحالى ـ يحصر النظرية فى أضيق نطاق بنصه على أنه « لا يجوز استعمال حـق لمجرد الاضرار بالغير » (م ٢٢٦) ، نجد تقنينات أخرى حديثة تأخذ بمعنى واسع للتعسف وان كانت تختلف فى تحديده : كالتقنين المدنى السويسرى «٣» الذى يقضى بأنه «يجب على كل شخص أن يستعمل حقـوقه ويقوم بتنفيذ التزاماته طبقا لقواعـد حسن النية. والتعسف البين فى استعمال الحق لا يحميه القانون» (م ٢) ؛ وكالتقنين المدنى السوفييتى «٤» الذى يقرر فى مادته الأولى أن « الحقـوق المدنية يحميها القانون الا فى الحالات التى تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادى والاجتماعى » ؛ وكالتقنين اللبنـانى الذى يقرر فى المادة ١٢٤ نفس ما يقـرره مشروع التقنين الفرنسى الايطالى للالتزامات (م ٧٤) «٥»

(١) راجع ، خاصة ، فى نظرية التعسف فى القانون المقارن :

Josserand, op. cit., Nos. 206 - 228. — Campion, op. cit., Nos. 298 - 365. — Markovitch, thèse précitée. — Premier Congrès international de l'Association H. Capitant, Québec-Montréal, 1939, pp. 613 - 793.

(٢) انظر فى نظرية التعسف فى القانون الالمانى :

Perrochet, thèse précitée, pp. 149 - 181. — Campion, op. cit., Nos 299 - 306. — Josserand, op. cit., No. 210.

(٣) انظر فى نظرية التعسف فى القانون السويسرى :

Perrochet, thèse précitée, pp. 190 - 286. — Campion, op. cit., Nos. 307 - 316. — Josserand, op. cit., No. 215. — Simonius, Congrès de Québec-Montréal, op. cit., p. 753 et s.

(٤) انظر فى نظرية التعسف فى القانون السوفييتى :

Campion, op. cit., No. 357. — Josserand, op. cit., No. 216.

(٥) انظر فى ذلك :

Josserand, op. cit., Nos. 216 bis, 216 ter.

من أنه يلتزم كذلك بالتعويض كل من سبب ضررا للغير ، بأن جاوز فى استعمال حقه الحدود التى يرسمها حسن النية أو الغرض الذى من أجله أعطى الحق •

والوقوف على حظ نظرية التعسف فى استعمال الحق من التقرير والتطبيق فى مختلف القوانين الحديثة ، سواء فى ذلك من يقننها تشريعيا ومن يقررها قضائيا ، يكشف عن أن الاتجاه السائد والغالب فى القانون المقارن الحديث يسير نحو التوسع فى هذه النظرية «[1]» ومجاوزة النطاق الضيق المحدود لها الذى كان يقتصر عليه القانون الرومانى ، بل ولعله كذلك يخرج أو يكاد هذه النظرية من دائرة المسئولية التقصيرية ليجعل منها مبدأ عاما مستقلا ، ولذلك كانت عناية مختلف القوانين التى تصدت لصياغة هذه النظرية بوضعها فى صدر نصوصها التمهيدية قدرا لأهميتها البالغة واعلانا لذاتيتها واستقلالها «[2]» •

---

(١) فى هذا المعنى :
Amiaud, Rapport général, Congrès de Québec-Montréal, op. cit., pp. 782, 783.

(٢) وهذا هو الاتجاه الذى انتهت اليه لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى اخيرا ، اذ قررت نصا يأخذ بنظرية واسعة للتعسف وضعته فى الباب التمهيدى من المشروع ، وهو يقضى بما يأتى :

« Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi et engage éventuellement la responsabilité de son auteur.

La présente disposition ne s'applique pas aux droits qui, à raison de leur nature ou en vertu de la loi, peuvent être exercés de façon discrétionnaire » (art. 147).

انظر فى ذلك :
Avant-projet de code civil, première partie, Paris 1955, p. 233.

وانظر فى المناقشات التى دارت بصدد هذا النص :
Travaux de La Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 20 - 25.

٤٠١ ـ منهج البحث

يثير البحث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ـ أول ما يثير ـ مشكلة تحديد ماهية التعسف وتأصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من أفكار أخرى وتحديد موضع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسئولية التقصيرية أو استقلالها عنها. فاذا فرغنا من ذلك ، تعين الوقوف على معايير التعسف وضوابطه. ثم ينبغى بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التعسف فى نطاقها الحقيقى وينأى بها عن كل تضخم وهمى دخيل عليها. ويبقى بعد ذلك الكلام فى اثبات التعسف ، وفى جزائه .

الفصل الأول

تاصيل التعسف وموضع نظريته

٤٠٢ ـ تمهيد

كانت مشكلة تأصيل التعسف من أهم المشاكل التى شغلت الفقه وما تزال الى اليوم ، وخاصة لأن القضاء كان أسبق من المشرع فى الأصل الى تقرير نظرية التعسف وتطبيقها مما اضطره الى اسنادها الى النصوص الخاصة بالمسئولية التقصيرية واحتسابها بالتالى من قبيل الخطأ المولد لهذه المسئولية. ومن هنا ، نشأ الاعتقاد وشاع الى اليوم عند جمهور الفقهاء فى أن التعسف ضرب من الخطأ وأن نظريته بالتالى انما تنطوى تحت نظرية المسئولية التقصيرية وتدخل فى دائرتها. غير أن هذا التأصيل ، هو وما يتفرع عنه ، محل نظر ؛ ففكرة التعسف ـ كما سنرى ـ تتميز عن فكرة الخطأ ، ومشكلة الاستعمال التعسفى للحقوق تتصل أساسا بنظرية الحق وما له من غاية أو قيمة اجتماعية ، مما يحتم اخراج نظرية التعسف من نطاق نظرية المسئولية التقصيرية ، خاصة وأنها ليست بمنحصرة فى الوظيفة

التعويضية التى تؤديها نظرية المسئولية فحسب، بل تجمع الى ذلك وظيفة أخرى وقائية تمنع بمقتضاها الضرر من الوقوع أصلا .

٤٠٣ ـ الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسئولية التقصيرية ، مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

قلنا ان الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم يرد التعسف الى فكرة الخطأ ويستبقى على هذا الأساس نظرية التعسف فى استعمال الحق داخل دائرة المسئولية التقصيرية «[١]» . ولكن أنصار هذا الاتجاه لا يسلكون طريقا واحدا لتبرير ذلك ، بل تتفرق بهم السبل الى هذا التبرير . فبعضهم يبرره على أساس أن التعسف فى استعمال الحق لا يعدو أن يكون مجاوزة لحدود الحق وفعلا غير مشروع بالتالى . والبعض الآخر يبرره على أساس أن التعسف هو ذات الخطأ بمعناه المعروف . والبعض الثالث يقيمه على أساس أن التعسف نوع متميز وقائم بذاته من الخطأ . فنعرض لهذه المذاهب فيما يلى لنرى مدى حظها من التوفيق .

١ ـ مذهب التسوية بين التعسف فى استعمال الحق ومجاوزة الحق :

ظهر الخلط بين فكرة التعسف فى استعمال الحق (abus de droit) وبين فكرة مجاوزة الحق أو الخروج عنه (dépassement de droit) ، منذ ما حاول جانب من الفقه الفرنسى فى مطلع القرن الحالى تأييد مسلك القضاء الفرنسى فى محاربة الاستعمال التعسفى للحقوق عن طريق تطويع النصوص القائمة فى المسئولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة التعسف . وكان أيسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست بالفكرة الجديدة أو المستقلة التى تحتاج ، فى تقريرها أو تأكيدها ، الى نصوص قانونية جديدة تضيف أو تعدل فى النصوص القائمة ؛ لأن التعسف فى استعمال الحق ليس الا خروجا

---

(١) وهى المسئولية التى تتحقق فى جانب من يرتكب خطأ يسبب ضرراً للغير وتلزمه بالتعويض (م ١٦٣ مدنى) .

عنه ، والخروج عن الحـــق عمل غير مشروع (acte illicite) يندرج ـــ دون جدال ـــ تحت أحكام المسئولية التقصيرية التقليدية .

وقـــد تزعم هـــذا المذهب ودافع عنه ببراعة الفقيه الفرنسى الـــكبير « بلانيول » . ومنطقه فى ذلك أن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ؛ فلا يوجد ثم استعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البـــديهى من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون فى آن واحـــد موافقا للقانون ومخالفا له . فاذا كان هنـــاك تعسف فى سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقـــوقهم وانما حينما يجاوزونها أو يخرجون عنها ، اذ الحقـــوق ليست مطلقة بل هى مقيدة فى أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيد من استعمالها ، والخروج من هذه الحـــدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه على السواء العمـــل دون حق »(١) .

واذا كان هذا المذهب يبـــدو فى ظاهره هجوما على فكرة التعسف فى استعمال الحق ، فهو فى حقيقته يؤيد هذه الفكرة ويؤمن بالتقييد من اطلاق الحقوق ورقابة استعمالها ، ولـــكنه يدمجها فى اطار صورة الخروج عن الحق ليسلم له منطق اعتبار التعسف عمـــلا غير مشروع واجراء أحكام المسئولية التقصيرية عليه بالتالى دون حاجة الى ابتداع نظرية جديدة مستقلة .

ولكن منطق هذا المذهب فى ذلك ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلى يتلاعب بوحـــدة اصطلاح الحـــق والقانون فى اللغة الفرنسية، ليظهر تناقضا منطقيا بين اعتبار الفعل التعسفى مخالفا للقانون واستمرار اعتباره داخلا فى حدود الحق واستعمالا له . وما من شك فى أن الفعل الواحـــد يستحيل أن يكون موافقا للقانون ومخالفا له فى نفس الوقت ؛ ولـــكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعـــل الواحد موافقا لحـــق من الحقـــوق لأنه يدخـــل فى نطاقه

---

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10e éd., 1932, No. 871.

ومضمونه ، ومخالفا فى آن واحد للقانون فى مجموعه «(١)» ؛ وهذا هو جوهر فكرة التعسف فى استعمال الحق ومعناها .

ففكرة التعسف انما تفترض وجود فعل يدخل فى حدود مضمون الحق فيكون مشروعا فى ذاته لأنه سلطة من السلطات التى يخولها الحق لصاحبه ، ولكنه ينقلب معيبا أو غير مشروع لانحراف فى غرضه أو نتيجته. والتعسف على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذى يفترض بداهة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الأحوال مشروعا فى ذاته. فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفى والعمل المجاوز للحق ؛ اذ بينما يكون الأول مشروعا فى ذاته ولكنه معيب فى غرضه أو نتيجة، يكون الثانى غير مشروع فى ذاته أصلا. وأمام هذا الفارق، لا يوجد تناقض منطقى بين اعتبار العمل التعسفى موافقا للحق ومخالفا للقانون رغم ذلك ، كما لا يوجد سند منطقى لاعتبار هذا العمل خارجا عن الحق ما دام مخالفا للقانون ؛ فالتعسف فى استعمال الحق ، كما قلنا ، صورة مختلفة عن الخروج عن الحق .

ومن هنا ، فالمالك الذى يجور على ملك جاره ويبنى فيه ، انما يأتى عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع فى ذاته ، بينما المالك الذى يبنى جدارا فى ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف فى استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال ؛ لأن حقه يخول له البناء فى ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملا مشروعا فى ذاته لأنه داخل فى حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفيا رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف فى غرضه مأتاه مجرد الرغبة فى استخدام هذه السلطة المشروعة التى يخولها له حقه فى الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة الخروج عن الحق وصورة التعسف فى استعمال الحق. فالمشكلة التى تثيرها الصورة الأولى انما تتعلق

---

(١) Josserand, op. cit., No. 245.

بمضمون الحق، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع فى ذاته، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيـان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التى تثيرها الصـورة الثانية تتعلق بغـاية الحق لا بمضمونه ، فلا ينصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفى وانما الى غرضـه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضـه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحـق أو السلطة الوارد عليها التعسف ، ولذلك يظل لصاحب الحق ـ رغم الحـكم بالجزاء على فعله المـكون للتعسف ـ القـدرة على معاودة ذات الفعل، دون خطر التعرض للجزاء، طالما يبتغى به حينئذ غرضا غير مشوب«١» .

وما دامت فكرة التعسف لا تمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول «٢» بأن تحريم الأغراض المنحرفة فى استعمال الحق يضيف حـدا جديدا الى حـدود الحـق المادية الأصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجا عن الحق ، اذ حـدود الحق انما تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على أغراض استعماله «٣» .

وعلى أى حال، فقد بات مستقرا اليوم عند جمهور الفقهاء «٤» التمييز

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 175 - 177.

(٢) Planiol, ibid. — Colin, Capitant et De La Marandière, op. cit., t. I, No. 324.
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٤ .

(٣) Notre thèse précitée, pp. 178, 179.

(٤) Porcherot, thèse précitée, p. 106. — Saleilles, Rapport précité, pp. 339-341. — Bardesco, thèse précitée, pp. 248-251. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 226, 227. — Josserand, op. cit., Nos. 245-247, 261. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, 2e éd., 1947, No. 978. — Rouast, article précité, No. 5. p. 4. — Dabin, op. cit., pp. 271, 285 — Notre thèse précitée, pp. 172 - 183.
عبد الرزاق السنهورى ، الموجز فى النظرية العامـة للالتزامات ، ١٩٤٠ ، فقرات ٣١٥ و٣٢٤ ؛ الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و٥٥٦ . ـ انور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٩ ؛ المرجـع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤٣٩ ، ص ٤٣٦ . ـ عبـد الحى حجازى ، المرجـع السـابق ، ج ٢ ، ص ٤٦٠ و٤٦١ . ـ جميـل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ و٢٤١ .

بين التعسف فى استعمال الحق والخروج عن الحـق «١» . ولذلك اذا أريد استبقاء فكرة التعسف فى نطاق المسـئولية التقصيرية ، فينبغى البحث عن أساس آخر غير الزعم باعتبار التعسف خروجا عن الحق .

٢ ـ مذهب التسوية بين التعسف والخطأ التقصيرى : اذا كان مذهب التسوية بين التعسف فى استعمال الحق ومجاوزة الحق لا يصلح بابا تنفذ منه فكرة التعسف داخـل دائرة المسئولية التقصيرية على ما رأينا ، فقد التمس جانب كبير من الفقه بابا آخر أقرب الى تحقيق ذلك ، هو باب « الخطأ » عماد هـذه المسئولية ، الذى يتسع فى نظرهم ليستوعب قياس كل سلوك فردى حتى ما كان سلوكا فى استعمال حق من الحقوق .

واعتبـار التعسف فى استعمال الحـق تطبيقا عاديا من تطبيقات الخطأ التقصيرى المولد للمسئولية ، هو أمر طبيعى فى نظر هذا المذهب «٢» ؛ فانه اذا كان الخطأ ــ فى المفهوم الحـديث ــ هـو انحراف فى السلوك المألوف للشخص العادى، فهو متصور فى استعمال الحقوق تصوره فى اتيان الرخص العامة على السواء. واذا كانت هـذه الحقيقة قـد حجبها ما كان سائدا فى

---

(١) انظـر فى التقريب بين « التعسف » فى تميزه عن « مجاوزة الحـق » وبين « المـكروه » فى تميزه عن « المحرم » فى الفقه الاسلامى :

Notre thèse précitée, pp. 179 - 181.

(٢) انظر فى الأخذ بهذا المذهب :

Jannot, thèse précitée, p. 140. — Dobrovici, thèse précitée, pp. 219, 220. — Beudant, Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations, 1re éd. Appendice par H. Capitant, Nos. 1179 - 1181. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 563, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Marandière, op. cit., t. II, No. 234. — Lalou, Traité pratique de la responsabilité civile, 4e éd., 1949. Nos. 867, 874, 877.

عبد الرزاق السنهورى، الوسيط ، ج ١، فقرات ٥٥٢ و٥٥٧ و٥٥٩ . ــ احمـد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢٩ و٤٤٨ و٤٥٢ . ــ عبـد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرات ٤٣٥ و٤٣٨ . ــ اسماعيل غانم ، المرجع السـابق ، ص ١٦٤ــ١٦٧ .

القرن الماضى من مبــدأ اطلاق الحقوق ، فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من اعلانها وتأكيدها ، بعــد أن اندثر هذا المبــدأ ، وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق ، فارتفع بذلك التنــاقض المنطقى المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق، وبذلك تستقر فكرة التعسف فى استعمال الحق ، عند هــذا المذهب ، على أساس طبيعى سليم داخل دائرة المسئولية التقصيرية ؛ ففكرة التعسف ــ فى تأصيلها ــ ليست الا ذات فكرة الخطأ «(١)» التى يستوى عليها مبدأ المسئولية ؛ فمن يتعسف فى استعمال حقه ، سواء باستعماله بنية الاضرار بالغير أو دون تبصر ويقظــة ، ينحرف بذلك عن الســلوك المألوف للشخص العادى أى يتخذ مسلــكا لا يسلــكه شخص متبصر يقظ يوجد

---

(١) ومــع ذلك فيذهب بعض الفقهاء المصريين ، ممن يعتبرون التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطأ التقصيرى ، الى أن ما أورده المشرع المصرى من معايير للتعسف لا تجعل التعسف يستوعب كل صور الخطأ أو يأخــذ كل مداه . فانه اذا كان التعسف ــ وفق هذه المعايير ــ يمكن أن يشمل صورة «الخطأ العمدى» عند توافر نية الاضرار بالغير ، وصورة « الخطأ الجسيم » عند رجحان الضرر على المنفعة ؛ الا أنه لا يستوعب كل ما لصورة « الخطأ غير الجسيم » من مدى يتسع لأى انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى بل يقتصر على ذلك الانحراف المؤدى الى تحقيق مصلحة غير مشروعــة فحسب (عبــد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٦٤ . ــ وانظر كذلك فى هــذا المعنى ولــكن مع انتقاد موقف المشرع المصرى من تقييد نطاق التعسف فيما يقابل صــورة الخطأ غير الجسيم : احمد حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤٥٨).

ولكن لو صح مثل هذا القول لتعذر التسليم بما يقدمه اصحابه من اعتبار التعسف هو ذاته الخطأ التقصيرى ، اذ اطــراد منطق هذا الراى يقضى باعمال معيار الخطأ بكل مداه وصوره فى شأن التعسف، وهو ما يفضله حتى بعض مؤيدى هذا القول (احمــد حشمت ابو ستيت ، الموضع السابق) ، وما يقرره ــ بحق فى حدود مذهبهم ــ أنصار اعتبار التعسف تطبيقا للخطأ من الفقهاء الفرنسيين .

(انظر فى ذلك خاصة : Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 547, 579, 580)

ولا نظن انه يغنى فى هــذا الشأن القول بأن صورة الخطأ فى التعسف هى صورة مستحدثة يحسن عــدم التوسع فيها (أنظر فى هــذا القول : عبــد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق) .

فى نفس الظروف الخارجية ، وهذا هو عين الخطأ «١» المولد للمسئولية .

واذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح، وما يحققه من وحـدة أحكام المسئولية الناشئة عن اتيان الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحـديد معيار التعسف بالاكتفاء برده الى معيار الخطأ التقصيرى المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ؛ الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتوحيد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها .

فمركز صاحب الحـق فى استعمال حقـه ، لا ينبغى أن يسوى بمركز الشخص فى اتيـان رخصة من الرخص ، حتى يقال ان التعسف فى الصورة الأولى هو ذات الخطأ فى الصورة الثانية. ففى هـذه الصورة الأخيرة ، أى فى مجـال الحريات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قـدم المساواة ويستعملون نفس الحريات فى نفس الوقت ، لا يحتاج الأمر الا الى التنسيق فى هذا الاستعمال الجماعى المتعاصر ، وهو ما لا يتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمـل بتبصر ويقظة وحيطة حتى لا يحـد مما لهم من نفس الحريات المماثلة. أما فى مجال الحقـوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى البـاقين لما يختصه به القانون — على محـل معين — من سلطة استئثارية يملـكها دون غيره ، فيجب التأكد من أن هـذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق فى استعمال حقه وفق هـذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة ، مما يعنى امكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق فى استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخـلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق ؛ وبذلك يوجـد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ ، فلا يغنى اذن عن صاحب الحق شيئا ما قد يتخـذه فى استعمال حقه من حيطة وتبصر ويقظة

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 439, 547, 579, 580.

تنفى عنه الخطأ اذا كان ــ بهذا الاستعمال ــ يناقض غاية الحق. وعلى هدى ذلك يتوافر لفكرة « التعسف » أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنهـا ؛ فبينما يعنى التعسف تخلف غاية الحـق أو مناقضتها ، يعنى الخطأ الانحراف عن السلوك المألوف «١» . والقول باعتبار التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطأ ، يتجاهــل ما للحق من غاية يجب الاعتــداد بها فى وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل فى مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف ــ فيما يولد من مسئولية صاحب الحق ــ انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلا «٢» ؛ وذلك يكشف ــ كما يرى بعض الفقهاء «٣» ــ عما هنالك من تناقض وتنافر بين « استعمال الحق » فى حدود مضمونه الحرفى وبين « الخطأ » . ولا خطر على أى حال من القــول باستقلال التعسف عن الخطأ ، اذ ليس معنى ذلك ترك استعمال الحق لمطلق تقدير صاحبه دون أى مسئولية تترتب فى جانبه ، وانما مجرد رد المسئولية الى مصــدر مستقل عن الخطأ يواجه حقيقة الواقع من الوجــود أصلا فى دائرة المشروعية والاســتناد الى استعمال حــق من الحقوق .

والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى مع تمييز أصحابه «٤» ــ فى نفس الوقت ــ بين التعسف فى استعمال الحق ومجاوزة الحق ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييز اذا كانت نهاية المطاف هى تسوية صــورة « التعسف » بصــورة « المجاوزة » فى التــوافر على معنى الخطأ ؟ ، وألا يفرض منطق التمييز بين الصورتين رد المسئولية الناشئة عنهما الى مصدرين مختلفين ؟ .

وكذلك يتنافى القــول بتسوية التعسف بالخطأ مع استمرار أصحابه فى

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 186, 187.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 188.

(٣) Dabin, op. cit., p. 285. — Brèthe, note. S. 1925. p. 217.

(٤) أنظر خاصة :
Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.

الكلام عن نظـرية للتعسف فى استعمال الحق ، اذ ما جـدوى مثل هـذه النظرية اذا كان التعسف ـ كما يدعـون «١» ـ ليس مصـدرا للمسئولية متميزا عن الخطأ وكانت نظـرية التعسف لم تأت بجـديد لا تتضمنه فكرة الخطأ فى الأصل «٢» .

٣ ـ مذهب اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ : اذا كان مذهب تسوية التعسف بالخطأ التقصيرى التقليدى يبدو محـلا للاعتراض من نواح كثيرة عرضنا لأهمها فيما تقدم ، فقد حاول جانب من الفقه «٣» تأصـيل التعسف على نحـو أقل استهدافا للنقد ولـكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية«٤» ، فاعتبروا التعسف نوعا متميزا من الخطأ ، أو خطأ ذا طبيعة خاصة (sui generis) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادى التقليدى ،

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 581.

(٢) انظر كذلك فى انتقادات أخرى لمذهب تسوية التعسف بالخطأ :
Notre thèse précitée, pp. 189 - 193.

(٣) انظر خاصة :
Cézar-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit. Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1906, t. II, p. 63 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Brèthe, note précitée, p. 219. — Sultan, thèse précitée, pp. 123 - 127. — Josserand, op. cit., Nos. 260 - 262, 298.

(٤) وفى نطاق المسئولية التقصيرية ، يضـع بعض انصار هـذا المذهب صورة التعسف كخطأ من نوع خاص متوسطا بين صورة الخطأ العادى التقليدى وبين ما يسمونه صورة « الافراط » . فيقسم جوسران على هذا النحو الأفعال المولدة للمسئولية التقصيرية تقسيما ثلاثيا الى : فعل خارج عن حدود الحق من ناحية وهو ما يسميه بالفعل غير القانونى (acte illégal) ، والى فعل سليم فى ذاته لأنه استعمال لحق من الحقوق ولـكنه معيب لانحرافه بالحـق عن غايته من ناحية ثانية وهو ما يسميه بالفعل غير المشروع (acte illicite) أو الفعل التعسفى ، واخيرا الى فعل داخل فى مضمون حق من الحقوق ووفق غايته ولكنه مولد لضرر فاحش غير عادى وهو ما يسميه بالفعل المفرط (acte excessif) [Josserand, op. cit., Nos. 261, 262]

ولكن هذا التقسيم الثلاثى محل نظر ، فيراعى أن ما يسمى «الفعل المفرط» هو فى حقيقته فعل تعسفى كما سنرى ، وان الفعـل التعسفى ليس فى حقيقته خطـأ ولو من نوع خاص كما نبين فى المتن (انظـر فى انتقـاد هـذا التقسيم : (Notre thèse précitée, pp. 197, 198, 201 - 205.)

اذ هو خطأ يرتهن بروح الحق وغايته الاجتماعية «[١]» وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادى ، ويثير مشكلة ضمير جماعى لا مشكلة ضمير فردى كالخطأ التقليدى «[٢]» ؛ فهو اذن خطأ خاص أو « خطأ اجتماعى » (faute sociale) «[٣]» يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادى ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ويسير بذلك شوطا أبعد فى طريق فهم الدور الحقيقى لنظرية التعسف فى استعمال الحق وما تعنيه من أن الحقوق ليست غاية فى ذاتها وانما وسيلة لادراك غاية معينة .

ولكن العيب الأساسى لهذا المذهب ينحصر فى توقفه فى منتصف الطريق وقعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التى يقود اليها منطق مقدمته . ذلك أنه اذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدى قاصرة فى نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بغاية الحق التى يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادى ، فلا يوجد أى معنى للتشبث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف ، وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو فى نطاق نفس المسئولية ، فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الخطأ والخروج من دائرة المسئولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف «[٤]» .

٤٠٤ — ارتباط التعسف بفكرة الحق، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية

اذا كان استبقاء فكرة التعسف فى استعمال الحق فى دائرة المسئولية

---

(١) Josserand, op. cit., No. 261. pp. 359, 360 ; No. 298, pp. 405, 406.

(٢) Cézar-Bru et Morin, article précité, p. 100

(٣) Cézar-Bru et Morin, ibid.

(٤) Notre thèse précitée, pp. 196-199.

التقصيرية هو الاتجـاه السائد عنـد جمهور الفقه الفرنسى والمصرى ؛ فهو كذلك الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسى الى اليـوم ، وفى القضاء المصرى على الأقل قبـل نفاذ التقنين المدنى الجديد . واذا كنا قـد ناقشنا المذاهب المختلفة التى تسند هذا الاتجاه وانتهينا إلى رفضها على النحو السابق بيانه، فيجب مع ذلك الاعتراف بأن الظروف التى أحاطت بظهور فكرة التعسف فى استعمال الحـق فى القانونين الفرنسى والمصرى كانت مهيئة ومبررة حينئـذ للسير فى هذا الاتجاه .

ذلك أن الالتجـاء الى فكرة « الخطأ » ومحـاولة تأصيل التعسف على أساسها ، اما باعتبـار التعسف مجاوزة للحق أو انحرافا عن السلوك المألوف أو انحرافا عن غاية الحق، والتوصل بذلك الى حصر فكرة التعسف فى دائرة المسـئولية التقصيرية ، كان ضرورة لازمة فى أول الأمـر أمام خلو التشريع الفرنسى والمصرى من نص يقرر - كمبدأ عام — الرقابة على استعمال الحقوق ومساءلة أصـحابها عن انحرافهم فى استعمالها. فلم يجـد الفقه والقضاء — الفرنسى والمصرى على السواء — بدا ، بعـد أن استقرا على اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبـدأ حصانة صاحب الحق فى استعمال حقه ، من أن يلتمسا أساسا مقبـولا ومسلما من صلب نصـوص التشريع القائم يسنذان به ما يفرضان من رقابة على استعمال الحقـوق ؛ ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب من هـذا الشأن من الاستناد الى النصـوص المقررة للمسئولية التقصيرية ، واعتبار التعسف فى استعمال الحـق ضربا من الخطأ العادى — سواء بالنظر الى التعسف كخروج عن الحـق أو غير خروج عنه — أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته هو الخطأ الاجتماعى كما يسـميه البعض »[١] . وبذلك استخدمت فكرة « الخطأ » ستارا خادعا يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية ، ويمكن من اتمامها فى صمت بما يجعلها أدنى الى القبول وأبعـد عن متنـاول النقـد ، فاكتفى بالبـاس فكرة « التعسف » ثوب

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 199, 228.

« الخطأ » «(١)»، وهو ما يسندها ويستبقيها داخل دائرة المسئولية التقصيرية دون حاجة الى تعديل النصوص القانونية القائمة .

واذا كان الأمر علىهذا النحو، فينبغي — للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق وتحـديد سليم للموضع الطبيعى لنظرية التعسف — اطراح هذه الظروف التيصاحبت ظهور فكرة التعسف وفرضت نفسها على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصـيل الخطأ واستبقائه داخـل دائرة المسئولية التقصيرية .

والتجرد من هذه الظروف ، يكشف عن الحقيقة التى حجبها وقتا طويلا الاضطرار الى الربط بين التعسف والخطأ داخل نطاق المسئولية التقصيرية ؛ وهى أن فكرة التعسف انما ترتبط أساسا بفكرة الحـق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة ، اذ بذلك ترتهن حماية القانون للحـق وصاحبه بالتزام هـذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها. ولذلك فان التعسف يتوافر — كما قلنا — ما دام صاحب الحـق قد انحرف فى استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخـل بواجب الحيطة واليقظة العـادية ذلك

---

(١) ولعـل هـذا هو ما دفـع بعض الفقهاء الى رمى فكرة التعسف فى استعمال الحق بأنها فكرة تقوم على الافتراض (fiction) ، أنظر فى ذلك خاصة قول « موران » :

L'abus du droit apparaît... comme une application de ce grand phénomène de l'évolution Juridique : la fiction, c'est à dire l'application d'un concept ancien d'une solution Juridique nouvelle, le retard de l'évolution technique sur l'évolution sociale [Morin, Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, t. II, p. 466 et s.].

ولـكن انظر فى نفى هذا الاتهام :
Josserand, op. cit., No. 251 bis.

وانظر فى انتقاد ما يقترحه « مـوران » — تفاديا للافتراض — من احـلال فكرة التنازع بين الحقوق محـل فكرة التعسف فى استعمال الحق ، وبوجه عام فى تقدير فكرة تنازع الحقوق التى يقدمها البعض كتأصيل لفكرة التعسـف : (Desserteaux, article précité, Rev. trim., 1906, p. 119 et s.).
Josserand, opo. cit., No. 263. — Notre thèse précitée, pp. 229-232

الاخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق ، وهو ما يفصم بينه وبين « الخطأ » ويخرجه بالتالى من دائرة المسئولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق .

والواقع أن الحقــوق ــ بما تخول من سلطات استئثارية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض وبما تؤدى اليه من وضع الأفراد فى مراكز غير متساوية قبــل بعضهم البعض ــ لا يتصور أن تكون مقررة بوصــفها غاية فى ذاتها وانما بوصــفها وسيلة لادراك غاية معينة ؛ وهو ما يرهنها ــ بوصفها تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون ــ بتحقيق هذه الغاية أو عــدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفــع عنها بحسب مــدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغــايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقــوق وسائل لا غايات اعتبارها ــ من حيث الاستعمال ــ نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضى اخضــاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها .

وبذلك تبــدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هى فى حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها، بل ان فكرة التعسف تصبح فى الواقــع هى التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق، فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق تبدو فكرة الحق ــ بما تعنيه من امتياز واستئثار ــ أهلا لما تعرضت له من انكار «١»؛ وبفضل فكرة التعسف نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية فى النظام القــانونى ، دون حاجة الى الغائها أو تحويلها ــ كما يقترح البعض ــ الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة «٢» .

---

(١) Saleilles, De la personnalité Juridique, 2e éd., 1922, p. 547.

(٢) Notre thèse précitée, p. 234.
وانظر كذلك سابقا ، ص ٥٥١ .

والواقــع كذلك أن المشكلة التى تثيرها فكرة التعسف مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية «١» ، لا يتصــور التماس حلها الا على ضوء حقيقة الحق وجــوهره وبالتالى فى ظل نظريته العامة وحدها. ذلك أن حــل مشكلة التعسف يقتضى الاختيار أولا بين الاطــلاق أو النسبية فى استعمال الحقوق، ثم يقتضى ــ اذا وقع الاختيار على النسبية ــ تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل اطار المسئولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعــدها ، بل يرتهن ذلك بفكرة الحــق ودوره أو وظيفته وبفكرة العدل ومدلوله وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الجماعية أو من التوازن بين النزعتين ؛ وكل هــذه مسائل تخرج ــ كما هو ظاهر ــ عن نطاق المسئولية «٢» .

واذا حلت مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تثور بعد ذلك دائما مشكلة المسئولية ، فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفى ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالى قيام مشــكلة المسئولية. ففكرة التعسف اذن تجــاوز فكرة المسئولية فى اقتصارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنــه ، فتحقق كذلك فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتــداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا «٣». فكثيرا ما يحتاج صاحب الحــق الى الالتجاء الى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله

---

(١) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd. 1949, No. 94.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 235, 236.

(٣) فى هذا المعنى :

Saleilles, Rapport précité, p. 335 et s. — Ripert, ibid. — Dabin, op. cit., pp. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236-240.

ولــكن انظر عكس ذلك :

Vallet, thèse précitée, p. 109. — Dobrovici, thèse précitée, pp. 181, 182. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, 1954 (imp. 1957), Nos. 5 et s., No. 239.

على نحو معين ، وهنا لا يكفى — لاجابة طلبه — أن يتأكد القاضى من وجود الحــق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف ، وفى حالة التعسف يكتفى برفض طلب صاحب الحق وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصــلا ، فلا تثور حينئذ مشكلة مسئولية بل يمنع ذلك فى الواقع قيامها من بعد «[١]» •

والدور الوقائى الذى تقوم به فكرة التعسف فى استعمال الحق ، قــد بصرت به المحاكم المصرية فى ظل التقنين المدنى القديم فأكدت مبدأه وطبقته فى بعض الحالات «[٢]» •

وكذلك لم يغفل المشرع المصرى عن البصر بهذا الدور الوقائى لفكرة التعسف واعماله صراحة فى بعض الحــالات • فمن ذلك ما سبقت الاشارة اليــه من أن المشرع يعلق استعمال المؤلف ما يخــوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى على موافقة المحكمة (م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف)، مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها — عنــد تخلف المبرر المشــروع وتبين التعسف من جانب المؤلف — رفض الاذن له فى الاقــدام على مثل هــذا الاستعمال «[٣]» • وكذلك فان ما ينص

(١) راجع فى تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, p. 237 et s.

(٢) فمن ذلك ما قضى به من انه اذا خوصم شخص فى دعــوى بوصــفه وكيلا عن آخرين مقيمين فى الخارج ، فأعلن رغبته فى التنحى عن الوكالة فى هــذه الدعوى، وتبين من الظروف أنه انما يرغب بذلك فى تعطيل هذه الدعوى وتحميل المدعين متاعب جمة فى اعــلان خصومهم فى الخارج بالنظر الى أنه لم يبد عــذرا مقبولا لتنحيه عن تمثيل المدعى عليهم مع أنه يمثلهم فى نفس الوقت فى دعــوى أخــرى مرتبطة بهذه الدعوى وعن نفس الأعيان ، فيكون متعسفا فيما يريد من استعمال حــق التنحى عن الوكالة ، وهو ما يتعين معــه رفض تنحيه واعتباره ممثلا لموكليه تمثيلا قانونيا صحيحا (انظر : الزقازيق الكلية ، ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ، ١٠/٩٢/١٨٠ • وانظر كذلك فى تأكيد الدور الوقائى لفكرة التعسف : مصر الكلية ، ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ ، المحاماة ، ١٨/٣١/٧٤) •

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٥٨ و٦٥٩ •

عليه المشرع من أنه « اذا كان فى التنفيـذ العينى ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » (م ٢٠٣/٢ مدنى) ، يعنى أنه اذا تعسف الدائن فى اقتضاء ما له من حق فى التنفيذ العينى، لغير مصلحة جدية ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقـدى «١» . ففى هـذه الأمثلة وغيرها «٢» ، لا تثور فى الواقع مشكلة المسئولية أو التعـويض عن ضرر واقـع ، بل تفرض رقابة مبتدأة تمنـع الاستعمال التعسفى للحق وتحول دون وقوع ضرر أصلا .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف فى استعمال الحق بدور وقائى ودور علاجى على السواء بما تفرض — على استعمال الحقـوق — من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحـوال ، وفى ذلك ما يبرر — بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسئولية من دور علاجى فحسب — استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتى خارج نطاق المسئولية التقصيرية «٣» .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية، وتجاوز — فى دورها وجزائها — الدور والجزاء التعـويضى البحت الذى تقتصر عليه فكرة المسئولية ؛ وأنها لـكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتى خارج دائرة المسئولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجـد مكانها الطبيعى فى نطاق النظرية العامة للحق .

ويبدو أن الاتجاه السائد فى القوانين الحديثة، التى تأخذ صراحة بنظرية

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ٨٥١ ؛ ج ٢، فقرة ٤١٠ وهامش (٢) ص ٧٦٤ . — اسماعيـل غانم ، المرجـع السـابق ، ص ١٦٥ .

(٢) انظر فى ذلك : اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) واذا كان بعض أنصار اعتبار التعسف خطأ يدخل فى دائرة المسئولية التقصيرية يسلمون بما لفكرة التعسف من دور وقائى يميزها بكيان خاص، فهم يستمسكون رغم ذلك باعتبارها — فيما يتعلق بدورها العـلاجى — مجرد تطبيق للنظرية العامـة فى المسئولية التقصيرية (اسماعيل غانم ، الموضـع السابق). وظاهر ما فى ذلك من تجزئة غير مقبولة لطبيعة فكرة التعسف وموضع نظريتها.

عامة للتعسف فى استعمال الحق ، يؤيد هـذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتى لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسئولية؛ وهـذا ظاهر من حرصها على وضع هـذه النظرية فى النصـوص التمهيدية لتقنيناتها لا فى النصوص الخاصة بالمسئولية التقصيرية «(١)» .

وهـذا هو نفس موقف المشرع المصرى كذلك الذى نص على نظرية التعسف فى الباب التمهيدى للتقنين المدنى الجديد (م ٤ و٥) ، وحرص على أن يؤكد صراحة ـ فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين ـ ما يعنيـه ذلك من استقلال هـذه النظرية عن النظرية العامة للمسئولية التقصيرية بقـوله انه « ... أحل النص الخـاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحـق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القـانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. واذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها الى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هـذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى وانما بسطه على هـذه النواحى جميعا بل وعلى نواحى القـانون قاطبة... ولذلك آثر (المشروع) أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتذيا مثال أحـدث التقنينات وأرقاها «(٢)» .

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٤٠٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٧ .

وانظر كذلك قول المذكرة الايضاحية فى موضع آخر : « أن نظرية التعسف فى استعمال الحـق لم يفرد لها مكان بين أحكام المسئولية ، بل عولجت فى سياق النصوص التمهيدية ، باعتبار أن ما لها من عموم التطبيق يجاوز حـدود هذه الأحكام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و٣٥١) .

ومع ذلك، فان جانبا كبيرا من الفقهاء المصريين لايرى فى وضع نظرية التعسف فى استعمال الحـق فى الباب التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ـ لتكون مبـدأ من المبادىء الجـوهرية التى تسود جميـع نواحى القانون ـ أى تغيير فى أساسـها القانونى كصورة من الخطأ تدخل بمقتضاها فى نطاق المسئولية التقصيرية ؛ انظر فى ذلك خاصة : عبـد الرزاق السنهورى ، المرجـع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٧ و٥٦٤ . ـ جميل الشرقاوى ، المرجـع السابق ، ص ٢٤٦ . ـ عبـد المنعم البدراوى ، المرجـع السابق ، فقرة ٢٨٥ . ـ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٣٨ .

واذا كان جمهور الفقه الفرنسى ما زال يستمسك ـ مؤيدا فى ذلك القضاء ـ باعتبار التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف فى استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التقصيرية ، فثم اتجاه بدأ يقوى أخيرا فى محيط هذا الفقه «١» داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية باعتبارها مبدأ من المبادىء العامة للقانون فى شأن تحديد مدى استعمال الحقوق. وقد سبق «٢» أن أملنا انحياز المشرع الفرنسى صراحة الى هذا الاتجاه الصحيح السائد كذلك فى القانون الحديث ، ويبدو أنه اليوم فى طريقه الى ذلك «٣» .

---

(١) انظر فى ذلك خاصة :
Ripert, op. cit., Nos 89-94. — Planiol, Ripert et Esmein, op. cit., t. VI, No. 578. — Dabin, op. cit., pp. 293-300, 303.

ولكن نواة هذا الاتجاه ترجع الى أوائل القرن الحالى ، أنظر خاصة :
Saleilles, Raport précité, p. 335 et s. — Bonnecase, op. cit.. t. III, No. 236.

غير أن القائلين بهذا الاتجاه لا يتفقون على معيار واحد للتعسف ، بل يضيقون أو يوسعون فى مدلول التعسف ونطاقه تبعا لما يرسمون لنظرية التعسف من دور أخلاقى ودور اجتماعى (انظر فى هذه الاختلافات وتقديرها : رسالتنا سالفة الذكر ، ص ٢٠٩ وما بعدها) .

(٢) Notre thèse précitée, p. 246.

(٣) فقد اقرت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى ـ بعد استعراض أوجه النظر المختلفة ـ الاتجاه القائل بوضع نص عام يحرم التعسف فى استعمال الحق استقلالا عن فكرة الخطأ Travaux de La Commission de réforme du code civil, t. VI, 1950 - 1951 p. 21) ، وانتهت فعلا الى صياغة نظرية التعسف فى نص يقرر أن « كل تصرف أو فعل يجاوز ـ اما بنية صاحبه أو موضوعه أو الظروف الحادث فيها ـ الاستعمال العادى للحق مجاوزة ظاهرة لا يحميه القانون ، ويرتب احتماليا مسئولية صاحبه . ـ ولا يسرى هذا الحكم على الحقوق التى ، بسبب طبيعتها أو بمقتضى القانون ، يمكن استعمالها بطريقة تقديرية » [أنظر النص الفرنسى الذى أوردناه سابقا ، هامش (٢) ص١٠٨٧] . ووافقت اللجنة على وضع هذا النص فى الباب التمهيدى بين نصوص النظرية العامة للقانون فى فصل مستقل عنوانه « الاستعمال غير العادى للحقوق » ، رافضة بذلك اقتراحا بوضعه فى الفصل الخاص بالمسئولية التقصيرية نظرا لما يبرزه هذا النص ـ بعبارة « لا يحميه القانون » ـ من ارتهان حماية القانون للحق اساسا باستعماله استعمالا عاديا لا تعسف فيه
(Travaux de La Commission de réforme, op. cit., p. 24, 25)

الفصل الثانى

معايير التعسف وضوابطه

٤٠٥ ـ اصول ووسائل تحديد معيار التعسف

يثير تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأصول التى تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التى تعبر عن هذه الأصول وتحققها .

(١) اصول تحديد معيار التعسف : تتعين الأصول التى تحكم تحديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء دور نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية .

ففيما يتعلق بتأصيل التعسف وتكييفه ، نجد أن اعتبار التعسف مجرد تطبيق عادى من تطبيقات فكرة الخطأ يلغى مشكلة تحديد معياره ، اذ يكون معياره حينئذ هو ذات معيار الخطأ أى الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى «١» . وانما تبدأ مشكلة تحديد معيار التعسف بالفصل بينه وبين الخطأ التقليدى والخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية ؛ بل وتظل قائمة كذلك حتى فى منطق اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ فى نطاق المسئولية التقصيرية ، اذ فى ذلك خروج بالخطأ عن معناه الفنى الدقيق مما يقتضى تحديد المقصود بخصوصية هذا الخطأ المزعوم .

والواقع أن الفصل فى تأصيل التعسف بينه وبين الخطأ العادى التقليدى ــ سواء انتهى الأمر الى اخراجه من دائرة المسئولية التقصيرية أو استبقائه فيها ــ انما يقوم أساسا على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق كما رأينا ، باعتبار مشكلة التعسف فى حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفى هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها فى تحديد معياره .

---

(١) Mazeaud. op. cit., t. I, Nos. 547, 564, 579, 580.

وقـد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقى تشيع به الروح الأخـلاقية السامية فى استعمال الحقوق «(١)» ، وهو ما تأدى بهم الى التضييق فى مدلول التعسف الى حـد حصر معياره فى نيـة الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، أو ـ عند تخلف هذه النية ـ فى عـدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر «(٢)» . ولـكن اعتبار دور نظرية التعسف فى استعمال الحق على هـذا النحو دورا أخلاقيا يهدد بطمس معالم الحـدود بين القانون والأخـلاق رغم اختلافهما البين فى الهدف والغاية كما سبق القول «(٣)» . فضلا عن أن نظرية التعسف لا تستهدف فى الواقع تحقيق قيم شـخصية كمالية لدى صاحب الحـق وانما تستهدف تحقيق قيم اجتماعية نفعية من وراء استعمال الحـق ، اذ هى نظرية قانونية والقانون ليس نظاما أخـلاقيا وانما هو نظام اجتماعى ، واذا كان القـانون يفرض بهذه النظـرية احترام بعض الواجبات الأخـلاقية فلأنها فى الواقع واجبات اجتماعية أساسا ، وليس فى وحدة الحلول بين القانون والأخلاق فى بعض الفروض ما يفيد وحدة الأساس الذى تقـوم عليه فى كل منهما «(٤)» . ويبقى كذلك أن التضييق فى معيـار التعسف نتيجـة ما ينسب الى نظـرية التعسف من دور أخلاقى محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية وأهميتها، ويطلق العنان لأصحاب الحقوق فى استعمالها طالما لا يحمل هـذا الاستعمال معنى المخالفة الأخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو اهدار صالح

(١) انظر فى هذا الاتجاه خاصة :
Saleilles, Rapport précité, p. 334 et s. — Savatier, Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence, thèse Poitiers, 1916, pp. 23, 24 — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 225, 236, 237 — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Amiaud, Rapport général précité, pp. 786 - 788. — Dabin, op. cit., pp. 293 - 300.

(٢) Dabin, op. cit., p. 300

(٣) انظر سابقا ، ص ٤٠ .

(٤) انظر سابقا ، ص ٤٥ .

الجماعة «١» .

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التعسف فى استعمال الحق ينبغى تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية فى ذاتها وانما هى مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة «٢»، بحيث يكون من الطبيعى وجوب التزام الاستعمال الواقعى للحقوق حدود غاياتها. وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الأخلاق كما يذهب البعض ، فيتحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الأخلاقى للحق ، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية. وعلى ضوء اعتبار نظرية التعسف ، على هذا النحو، هى نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته ، يتحدد معيار التعسف تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية الحق «٣» . وهذا التحديد بعد يحظى بتأييد تشريعى «٤» وفقهى «٥» كبير فى القانون الحديث اليوم .

---

(١) انظر فى انتقاد الدور الأخلاقى المنسوب الى نظرية التعسف :
Notre thèse précité, pp. 224 - 227.

(٢) Cézar - Bru et Morin, article précité, p. 99

(٣) انظر فى تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 232-235 ; 239-241 ; 278-280.

(٤) انظر خاصة نص التقنينين السوفييتى واللبنانى، سابقا ص١٠٨٦ .

(٥) انظر خاصة فى تأييد هذا المعيار ، سواء مع القول بابقاء التعسف داخل دائرة المسئولية التقصيرية او خروجه منها :
Porcherot, thèse précitée, pp. 207-215. — Charmont, article précité, p. 124. — Reynaud, thèse précitée, pp. 49-51. — Cézar-Bru et Morin, article précité, pp. 99, 100. — Laparre, thèse précitée, p. 42. — Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue, op. cit. t. IV, Nos 679, 681 — Josserand, op. cit., Nos. 291 et s.—Marson, thèse précitée, pp. 158-161.—De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 454, 464.

بل ان بعض خصوم هذا المعيار من الفقهاء كانوا فى وقت ما من مؤيديه، انظر بصفة خاصة :
Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3e éd. (nouveau tirage), 1925, p. 371 en note. — H. Mazeaud, Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux, 2e éd.. 1929, Nos. 90-92.

واذا كان بعض الفقهاء «١» ما يزالون يتخوفون من تحديد معيار التعسف في استعمال الحق على هذا النحو توقيا ـ كما يقولون ـ من تحكم القضاء أو من انزلاقه فيما وراء القانون الى ميدان السياسة وهو ميدان غير مأمون العواقب ، فلا نرى ـ رغم ذلك ـ مبررا لهذا التخوف. فالقضاء دائما خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف ؛ فضلا عن أن القاضي ـ فى توليه تحديد غاية الحقوق ـ لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية وانما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة فى الجماعة مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة ؛ وفى وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ـ وهي الرقيبة على صحة تطبيق القانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق ـ خير ضمان لالتزام القصد والاعتدال وتوقى التحكم والانحراف فى التقدير «٢». ويبقى ـ على أى حال ـ أن بعض المعترضين على معيار غاية الحق ـ وهم أساسا من يعتبرون التعسف محض تطبيق من تطبيقات الخطأ العادى ـ يسلمون بأن هذا المعيار لا تختلف نتائج تطبيقه بوجه عام عن نتائج تطبيق معيارهم «٣» ، مما يجعل اعتراضهم عليه فى الواقع شكليا لا يمس جوهره .

(٢) وسائل تحديد معيار التعسف : اذا تعينت الأصول التى تحكم تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسائل والأدوات الفنية التى تمكن من التعبير عن هذه الأصول وصياغتها. ونجد فى هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الأولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار

---

(١) انظر خاصة :

Ripert, op. cit., No. 103. — Mazeaud, op. cit., t. I No. 573 — Planiol, Ripert et Esmein op. cit., t. VI, No. 375, p. 803.—Amiaud, Rapport général précité, p. 784, 785.

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٢) أنظر فى ذلك :

Notre thèse précitée, p. 282.

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 580.

للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون ابراز المبدأ العام الذي يحكمها .

وواضح أن الوسيلة الثانية هي الوســيلة الطبيعية فى كل قانون يخلو من نص تشريعى يقرر الأخذ بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق، اذ يكون تقرير هــذه النظرية حينئذ من صنع القضاء ، والقضاء لا يضع قاعدة عامة تواجه مختلف الصــور والفروض وانما يحكم فى دعاوى منفردة لــكل منها ما يميزها من خصوصياتها ووقائعها، فيكون محتوما أن يخرج معيار التعسف صورا متعددة لا مبدأ عاما واحدا ، واذا كان الفقه عادة يتولى من بعد مهمة استخلاص الاتجاه العام للقضاء والمبدأ الذي يجمع شتات هذه الصور «(١)»، فان ذلك لا يعني أن معيار التعسف قــد تحول بذلك ــ فى نطاق القــانون الوضعى ــ من الوسيلة الثانية الى الوسيلة الأولى .

أما الوسيلة الأولى وهى وضع مبــدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد لصوره ، فاذا كان الأصــل أنها الوسيلة المناسبة للتشريع حيث يحسن الارتفــاع الي الأصول الــكلية دون النزول الي التطبيقــات الفرعية، وكانت هى الوسيلة التى يسلكها أكثر المشرعين فى القوانين الحديثة ؛ فليس مقتضى ذلك أنها الوسيلة الوحيــدة لصياغة معيــار التعسف صياغة تشريعية ، فقــد يفضل بعض المشرعين عليها الوسيلة الثانية من تعديد صور التعسف كما فعل المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد (م ٥) .

واذا كان ينبغي التفضيل بين الوسيلتين في مجال التشريع ، فلا تردد فى تفضيل الوسيلة الأولى ؛ ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعى كما قلنا ، فهى تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطــور ، على خــلاف الوسيلة الثانية التي تحصر معيار التعسف فى صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقــدم الزمان وتطــور الأوضاع

---

(١) فى هذا المعنى :
Notre thèse précitée, p. 277.

والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جـديدة من التعسف فى استعمال الحقوق .

وعلى هذا النحو ، اذا كنا ــ كما سبق البيان ــ نرفض اعتبار التعسف تطبيقا عاديا من تطبيقات الخطأ ونرفض بالتالى اجراء معيار الخطأ عليه ، واذا كنا كذلك ننكر الدور الأخلاقى الذى ينسبه البعض الى نظرية التعسف فى استعمال الحـق ونرفض بالتالى حصر معياره أساسا فى صـورة توافر نية الاضرار عند صاحب الحق كما يفعل المشرع الألمانى «١»، فاننا وقد حددنا ــ على ضوء ما ارتضيناه من أصـول ــ معيـار التعسف فى استعمال الحـق بالانحراف عن غايته، نفضل ــ لما أوضحنا من أسباب ــ الاكتفاء فى التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق فى استعماله وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديد أو تحديد صور هذا الانحراف التى تبقى حتما صورا ناقصة غير ملاحقة للتطور «٢».

(١) أنظر سابقا ، ص ١٠٨٦ .

(٢) وتحديد معيار التعسف بوضع مبدأ عام يرهن حماية القانون للحق بالتزام غايته فى استعماله على النحو الذى ذكرناه ، ينبغى الاكتفاء فيه بالاشارة الى غاية الحـق عموما دون تحـديد أو وصف لهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والغرض منها. ولذلك نفضل تجنب ما يذهب اليه بعض الفقهاء من وصف هـذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) حتى لا ينصرف الذهن ــ ولو أخذا بظاهر هذا الاصطلاح ــ الى اعتبار ان الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العـام الاجتماعى وحده دون أى وزن لتحقيق الصالح الفردى .

بل لعل أخذ غاية الحق على هذا المعنى الظاهر هو الذى يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء من قصر معيار الغـاية ــ فى تحقق التعسف ــ على ما يسـمونه « الحقوق الوظيفية » (droits-fonction) أو « الحقوق الغيرية » (droits à fin altruiste) ، دون « الحقوق الذاتية أو الأنانية » (droits à fin égoiste) التى يحددون معيار التعسف فى شأنها بنية الاضرار أو بالاستعمال المنافى للأخلاق . أنظر فى ذلك خاصة :

Rouast, article précité, p. 5 et s. — Dabin, op. cit., p. 217 et s., p. 241 et s., pp. 289 - 292).

ونـكن فهم غاية الحق على وجهها الصحيح من أنها مختلفة من حق الى آخر وأنها لا تعنى بالضرورة فى كل صور الحق صالح الجماعة العام وحده دون الصالح الفردى، يجرد هذه التفرقة بين الحقوق ــ فى شأن معيار التعسف فى استعمالها

=

وهذا المسلك الذى نفضله هو بعد المسلك الذى تنير عليه اليوم كثير من التقنينات الحديثة التى تصدت لتشريع نظرية التعسف فى استعمال الحق ، كالتقنين السوفييتى واللبنانى خاصة «١» .

واذا كانت هذه هى أصول ووسائل تحديد معيار التعسف التى نرتضيها ، فينبغى الوقوف على كيفية تحديده فى القانون المصرى لتقدير مسلك المشرع المصرى من بعد على ضوء هذه الأصول والوسائل .

= من قيمتها . ومن ناحية اخرى ، فهذه التفرقة تحمل طابع المغالاة فيما تقيمه من تقابل عكسى بين النوعين من الحقوق ، الى حد أن بعض القائلين بها لم يلتزموا حرفيتها واطلاقها فاعترفوا بوجود طائفة ثالثة من الحقوق وسط بين الحقوق الوظيفية والحقوق الذاتية يتحقق التعسف فى استعمالها بتوافر نية الاضرار او بالانحراف عن غاية الحق على السواء (Rouast, article précité, pp. 7, 8)

والواقع أنه وقد مضى اليوم زمان الفردية الصارخة التى كانت تجعل الفرد دون الجماعة هو محور القانون والحقوق ، وامام ما ينبغى التسليم به من طبيعة الفرد المزدوجة ــ الفردية والاجتماعية ــ التى لا بد وأن ينعكس أثرها كذلك على طبيعة حقوقه وغاياتها ، وأمام ما سبق تأكيده من قبل من ضرورة الابقاء على فكرة الحق دون تحويله الى مجرد واجب أو وظيفة اجتماعية ؛ لم يعد ثم مكان اليوم لطائفة الحقوق الذاتية أو الانانية الخالصة التقليدية التى تعطى فحسب لمجرد تحقيق الصالح الشخصى لأصحابها وتقوم على عنصر فردى بحت ، بل قد تلاشت الآن هذه الطائفة لتصبح هى تلك الطائفة الوسط التى يقولون بوجودها حيث تمثل الحقوق فيها جانب الميزة الفردية وجانب الوظيفة على السواء وتقوم على عنصر فردى وعنصر اجتماعى معا أيا كان العنصر الغالب منهما ، مما يجعل من الطبيعى ارتهان حماية القانون لها بالتزام غايتها وتحقيق التوازن بين عنصريها (انظر فى ذلك : Notre thèse précitée, pp. 126-129)

ولو سلمنا جدلا بوجود طائفة الحقوق الذاتية الخالصة الى اليوم، فمقتضى اعتبارها معطاة لتحقيق الصالح الشخصى لأصحابها القول بأن التعسف فى استعمالها لا يتحقق فحسب عند تخلف هذا الصالح ، بل وكذلك عند عدم مشروعيته ــ اذ لا يتصور الادعاء بان الحقوق تعطى حتى لتحقيق المصالح غير المشروعة لأصحابها ــ ، وهو ما يعنى فى الواقع العود ــ فى تحديد التعسف ــ الى معيار غاية الحق الذى ينكره أصحاب هذا الرأى فى شأن هذه الطائفة من الحقوق (انظر : Notre thèse précitée, p. 281.).

(١) انظر سابقا ، ص ١٠٨٦ .

وانظر فى أخذ مشروع التقنين الفرنسى الايطالى للالتزامات بمعيار عام هو معيار غاية الحق ومعيار حسن النية :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 574, 592.

٤٠٦ ـ اخذ المشرع المصرى بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سبق أن أشرنا الى أن المشرع المصرى قد سلك الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف فى استعمال الحق فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الأصل الذى يجمعها ، مخالفا بذلك مسلك أكثر التقنينات الحديثة المقررة لنظرية التعسف فى استعمال الحق فى الاكتفاء بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن التصوير المختار للتعسف دون تفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة .

وتبرر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد مسلك تحديد صور التعسف وضوابطه على أساس ما يمتاز به من وضوح يهيىء عناصر واقعية نافعة للاسترشاد ، فضلا عن كونه المسلك المستمد من الفقه الاسلامى والمتولد من التطبيقات العملية التى انتهى اليها القضاء المصرى من قبل عن طريق الاجتهاد «[١]» .

وقد أشرنا من قبل الى تفضيلنا وسيلة الاكتفاء بمعيار عام للتعسف دون وسيلة تفصيل صور التعسف للأسباب التى بيناها ، مما سيكون له وزنه عند تقدير مسلك المشرع المصرى فى هذا الشأن من بعد عقب الفراغ من عرض وبحث ما يحدده من معايير وصور التعسف المختلفة .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يحدد خمسة معايير وضوابط تفصيلية للتعسف فى استعمال الحق ، هى الآتية : (١) اذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الاضرار بالغير . (٢) اذا كان هذا الاستعمال متعارضا مع مصلحة عامة جوهرية . (٣) اذا كانت المصالح التى يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة . (٤) اذا كانت المصالح المقصودة من استعمال الحق قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (٥) اذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف (م ٦ من المشروع التمهيدى) «[٢]» .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

ثم انتهى الأمر الى حــذف معيارين من هــذه المعايير ، فخرجت المادة الخامسة من التقنين المدنى مقتصرة على معايير ثلاثة فحسب ، حيث تنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (ا) اذا لم يقصد به ســوى الاضرار بالغير • (ب) اذا كانت المصــالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتنــاسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » • وبذلك استبعد معيار الاستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جــوهرية ، ومعيار الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف •

ولا نجــد فى المجموعة المنشورة للأعمال التحضيرية للتقنين المــدنى ما يشير الى سبب هــذا الاستبعاد • غير أن أستاذنا الدكتور عبــد الرزاق السنهورى ــ وهو واضع المشروع التمهيدى ورئيس لجنــة المراجعة التى قامت بحذف واستبعاد هذين المعيارين ــ يقدم تبريرا لذلك •

فهو يبرر استبعاد المعيار الأول ، وهو معيار الاســتعمال المتعارض مع مصلحة عامة جــوهرية «[١]» ، بأنه معيار « أقرب الى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها فى وضــع تشريعات استثنائية تقتضــيها ظروف خاصــة ، من أن يكون معيارا يتخــذه القاضى للتطبيق العملى فى الأقضية اليومية » «[٢]» • واذا كان هذا التبرير مقبولا فى الأصل وخاصة اذا اعتبرت معايير التعسف المذكورة فى المادة الخامسة واردة على سبيل الحصر ، الا أنه

---

(١) وتذكر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى، فى شأن هذا المعيار، انه « معيار مادى استقاه المشروع من الفقه الاسلامى وقننته المجلة من قبل ؛ اذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام » (انظر أيضا المواد ٢٧ و٢٨ و٢٩ من المجلة). وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة ، كمنع اختزان السلع تجنبا لاستغلال حاجة الأفراد اليها خلال الحروب والجوائح. على أن الفكرة ، فى خصبها، لا تقف عند حدود هذه التطبيقات ، فهى مجرد امثلة تحتمل التوسع والقياس (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١ ، ص ٢٠٩) .

(٢) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١، فقرة ٥٦٤ ، ص ٨٤٨ .

لو أخذ — كما سنرى — بأن هذه المعايير ليست الا مجرد تطبيقات لأصل عام هو عـدم الانحراف عن غاية الحق ، فليس ما يمنع حينئـذ — حتى فى شأن التطبيق العملى للأقضية اليـومية — من أن تنطوى صورة استعمال الحـق المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية تحت هذا الأصل العام «١» .

ويبرر كذلك استبعاد المعيار الثانى، وهو معيار الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف، بأنه ليس الا معيار «الضرر الفاحش» الذى يطبق فى حقوق الجـوار ، ومضار الجـوار تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، لأن الضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا فى استعمال الحق بل هو خروج عن حدود الحق «٢» . واذا كان صحيحا أن هـذا المعيار المستبعد هو بذاته معيار « مضار الجـوار غير المألوفة » أو «الضرر الفاحش» المنصوص عليه خاصة فى صدد حق الملكية، الا أن معيار مضار الجوار غير المألوفة يمثل فى حقيقته — وهو ما سنبينه من بعد — صـورة من صور التعسف فى استعمال الحق لا صورة من صور مجاوزة حـدوده «٣» . ولذلك ينبغى أن يحمـل استبعاد المعيار العام المؤصـل له من صلب المادة الخامسة من التقنين المدنى ، لا على خروجه أصلا من نطاق فكرة التعسف ، وانما على الاكتفاء — منعا للتكرار — بالتطبيق الوارد له فى شأن حق الملكية بصدد حقوق الجوار وهو تطبيقه الرئيسى «٤» .

---

(١) قرب من ذلك قـول أستاذنا الدكتور أنور سـلطان ان المقصـود باستبعاد بعض المعايير التى كانت موجـودة فى المشروع التمهيدى هو « عـدم الاسترسال فى ذكر تطبيقـات النظرية ، والاكتفاء بالمبـدأ العام الوارد فى المادة الرابعة من وجـوب استعمال الحق استعمالا (مشروعا) . وطبيعى أنه لا يمكن الادعاء أن الحق استعمل استعمالا (مشروعا) اذا كان هذا الاستعمال متعارضا مع مصلحة عامة جوهرية » (أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٣ و٩٤).

(٢) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١ ، فقرة ٥٦٣ ، ص ٨٤٩ .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 202-206 ; 273-275.

وكتابنا فى الحقوق العينية سالف الذكر ، فقرة ١٠٥ ، ص ٢٩٥—٢٩٨ .

(٤) Notre thèse précitée, p. 273.

وكتابنا «محاضرات فى المدخل للقانون»، ص ٥٢٣ .

ولذلك اذا صح — حتى فى منطق اعتبار معايير التعسف واردة فى التقنين المدنى على سبيل الحصر — استبعاد معيار الاستعمال المتعارض مع مصلحة عامة جوهرية من عداد معايير التعسف لعدم ظهوره أصلا فى التقنين، فينبغى — على العكس — احتساب معيار الضرر الفاحش ضمن هذه المعايير لأنه منصوص عليه فى التقنين المدنى على أى حال ولو جاء موضعه فى صدد حق الملكية لا فى نطاق النص العام لنظرية التعسف. ولذلك نعرض فيما يلى للمعايير الثلاثة الواردة فى المادة الخامسة من التقنين المدنى ولمعيار الضرر الفاحش كذلك .

٤٠٧ — تمحض قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا فى الشرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مآرب شخصية فى النكاية والاضرار بالغير. ولذلك نص المشرع على أن استعمال الحق يكون غير مشروع « اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير » (م ٥/١).

وهذا المعيار ذاتى قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق«١». فلا يكفى لتوافر هذا المعيار اذن وجود قصد الاضرار بالغير عند صاحب الحق اذا لم يكن هو قصده الوحيد ، بل كان له — الى جواره — قصد آخر كقصد تحقيق مصلحة لنفسه حتى ولو كان قصد الاضرار بالغير هو القصد الغالب أو الأساسى «٢» ، اذ النص على هذا المعيار صريح فى أن استعمال الحق « لم يقصد به **سوى** الاضرار بالغير ». وليس معنى ذلك أن صاحب الحق لا يكون متعسفا فى استعمال حقه على الاطلاق فى هذه الصورة باعتباره يقصد الى تحقيق مصلحة له، بل معناه فحسب عدم اعتباره

---

(١) Notre thèse précitée, p. 264.

(٢) انظر عكس ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٠ . — أنور سلطان ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤٤١ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٧ . — عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، فقرة ٤٤٢ .

متعسفا فى مفهوم هذا المعيار وحده ، دون أن ينفى ذلك امكان توافر التعسف فى شأنه على أساس معيار آخر كمعيار عدم تناسب المصلحة المقصودة مع الضرر العائد على الغير أو معيار عدم مشروعية هذه المصلحة أو معيار الضرر الفاحش .

واذا كان التعسف يتوافر — فى مفهوم هذا المعيار — حيث يكون القصد الوحيد من استعمال الحق هو الاضرار بالغير ، فلا يغير من الوصف التعسفى لهذا الاستعمال ما قد يتحققه من بعد من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق أصلا «١» . فيتعسف اذن فى استعمال حقه المالك الذى يغرس أشجارا عالية كثيفة فى أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع «٢» ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا فى ذاته بل جاء تحققه عارضا بحتا اذ كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

واذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير أمرا عسيرا ، فان القضاء كثيرا ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق من استعماله لحقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده «٣» . فالمالك الذى يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره ، يعتبر بذلك متمحض القصد للاضرار بهذا الجار ، اذا لم تكن له مصلحة حقيقية فى بناء مثل هذا الحائط المرتفع «٤» . وكذلك

---

(١) فى هذا المعنى :
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٠ .

(٣) فى هذا المعنى :
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 569
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الموضع السابق .

(٤) فى هذا المعنى :
Appel mixte, 17 Avril, 1919, B. 13.252 ; 12 Décembre 1924. Gazette 15. 86. 126 ; 12 novembre 1929, B. 42.27.
مصر الكلية ، ٢١ مايو سنة ١٩٣٧ ، محاماة ١٨/٣١/٧٤ .

الحال فى شأن المالك الذى يقيم سياجا عاليا يطليه باللون الأسود لا لشىء الا لمجرد اظلام بناء جاره دون أى منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك «(١)» ، والمالك الذى يقيم مدخنة على ارتفاع عال لا يبتغى من وراء ذلك أى منفعة شخصية له وانما مدفوعا بما يتسلط عليه من رغبة شريرة وشهوة خبيثة فى الاضرار بجاره لحجب الضوء عن بنائه «(٢)» .

واذا كانت التطبيقات العملية لهذا المعيار ترد أساسا فى شأن استعمال حق الملكية ، فهى ليست قاصرة عليه ، بل نجدها كذلك فى شأن استعمال غيره من الحقوق . ولكن يراعى أن هذا المعيار — بتطلبه أن يكون القصد الوحيد من استعمال الحق هو مجرد الاضرار بالغير — يجعل بذلك حظه من التطبيق غير كبير لما يستهدفه عادة صاحب الحق من مقاصد أخرى الى جوار هذا القصد ، ويفتح المجال واسعا أمام غيره من المعايير .

ومن أمثلة الحقوق التى نصادف تطبيقات لهذا المعيار فى شأنها حق انهاء عقد العمل بالارادة المنفردة خاصة . مثل فصل العامل لمجرد الانتقام منه لأنه سمح لزوجته العاملة فى نفس المنشأة بمقاضاة رب العمل ، أو لأنه أطلع مفتش العمل على ما ترتكبه المنشأة من مخالفات ، أو لأنه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل «(٣)» ، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل «(٤)» . ومثل فصل العامل قبيل التنازل عن المنشأة لمجرد حرمانه من حقه فى استمرار العقد مع المتنازل اليه «(٥)» .

---

(١) Trib. civ. Sedan, 17 Décembre 1901, S. 1904. 2. 217, Note Appert

(٢) Colmar, 2 mai 1855. D. P. 1856. 2. 9.

(٣) أنظر فى هذه التطبيقات :
محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرة ١٥٦ ، ص ٣٩٧ . أكثم أمين الخولى ، دروس فى قانون العمل ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٥٢ ، ص ٢٥٧ .

(٤) القاهرة الابتدائية ، ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ ، المدونة العمالية للفكهانى ، ج ١ ، الكتاب الثالث ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ، قاعدة رقم ٤٨٢ ، ص ٥٧٩ .

(٥) محمود جمال الدين زكى ، الموضع السابق .

وينبغى أن نراعى أن هذا المعيار هو — كما سبق القول — المعيار الوحيد للتعسف الذى يأخذ به التقنين المدنى الألمانى منذ مطلع القرن الحالى (م ٢٢٦). واذا كان يضيق لذلك من نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون الألمانى، الا أنه لا ينتج — رغم الأخذ به — مثل هذا الأثر فى القانون المصرى حيث توجد الى جواره معايير أخرى يتسع بها معنى التعسف الى حد كبير .

٤٠٨ — انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذى يحيق بالغير

لا يكفى أن تكون لصاحب الحق مصلحة — ولو مشروعة — فى استعمال حقه حتى تنتفى عنه شبهة التعسف، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصلحة فى الصور التى لا يكون قصد صاحب الحق متمحضا للاضرار بالغير، ولكن ينبغى أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق. أما اذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذى يعـود على الغير بحيث لا يوجـد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف فى استعمال الحـق . ولذلك نص المشرع على أن استعمال الحق يكون غير مشروع « اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتنـاسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببهـا » (م ٥/ب مدنى).

وواضح أن هـذا المعيار موضوعى لا شخصى كالمعيار السابق ، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر تقـدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخـاصة بكل حالة. والواقع أنه كثيرا — وان لم يكن دائما — ما يكون فى وجـود مثل هـذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير «[1]» دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق لذلك .

---

(١) فى هذا المعنى :
المذكرة الايضـاحية للمشروع التمهيـدى ، مجموعة الأعمـال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٠ .

وقد أتيح لبعض أحكام القضاء المصرى الأخذ بهذا المعيار فى ظل التقنين المدنى القديم ومن قبل تقريره بالنص التشريعى الحالى ، والقول بأنه يحق للجار أن يتطلب تناسبا معينا بين الضرر الذى يصيبه وبين المنفعة التى يحققها المالك من استعمال ملكه «١» .

واذا كان القضاء الفرنسى لا يأخذ بهذا المعيار أو — فى الأقل — لا يجعل له كيانا مستقلا ، فثم اتجاه لدى بعض الفقهاء الفرنسيين يدعو الى الأخذ به وتعميمه ، وخاصة فى شأن استعمال حق انهاء عقد العمل «٢» ، ويرون فى ذلك تقريبا بين نظرية التعسف فى استعمال الحق وحالة الضرورة «٣» .

وعلى أى حال، فهذا المعيار يبرز فكرة توازن المصالح التى يراها بعض الفقهاء «٤» أساسا وتبريرا لنظرية التعسف فى استعمال الحق .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى صور كثيرة. من ذلك نصه فى المادة ٢/٨١٨ من التقنين المدنى على أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط ».

---

(١) Trib. civ. mixte. Le Caire, 5 Mai 1914. Gazette, IV 206. 492

(٢) فحتى لو وجد دافع جدى للانهاء ، يكون الانهاء تعسفيا اذا كان هذا الدافع تافها بالقياس الى الضرر الذى يصيب الطرف الآخر (انظر :
Wahl, Du motif légitime de rupture dans le contrat de louage de services, dans «Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale», 1903, p. 163.
ويبدو أن هذا المعيار ابتدأ يجد طريقه كذلك الى التطبيق العملى على يد القضاء الفرنسى فى شأن استعمال هذا الحق، اذ ابتدأ هذا القضاء يعنى بالتحقق من تناسب مصلحة العامل مع مصلحة صاحب العمل ويقضى باعتبار الانهاء تعسفيا اذا لم يكن مبنيا على بواعث قوية (motifs graves)
(أنظر فى هذا القضاء خاصة :
Charrière, La rupture abusive du contrat de travail à durée indéterminée, thèse, Paris, 1932, pp. 102, 103).

(٣) Demogue, op. cit., t. IV, No. 681

(٤) Bosc. Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse Montpellier, 1901, pp. 142-150.—Campion, op. cit., Nos. 416, 417.

ذلك أن الحائط الفاصل ما دام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين، فلمالكه سلطة هــدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا أن يوجد تناسب بين المنفعة التى تعود على مالك الحائط من هدمه وبين الضرر الذى يلحق الجــار نتيجة ذلك. ومثل هذا التناسب يقوم اذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الغير. أما اذا لم يوجـد باعث على الهدم ، أو وجـد باعث ولـكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على الانحراف فى استعمال حق الملـكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستأهل حماية القانون أمام ما يصيب الجــار فى مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضى به من أنه « اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قــد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصــقة ، جاز للمحكمة ــ اذا رأت محلا لذلك ــ أن تجبر صاحب هــذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » (م ٩٢٨ مــدنى) «[1]» ؛ وما يقضى به من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه، اذا فقــد الارتفاق كل منفعة للعقــار المرتفق ، **أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقــار المرتفق به** » (م ١٠٢٩ مدنى) ؛ ومن أن فصل العامــل يعتبر تعسفيا اذا وقع بسبب حجــوز أوقعت تحت يد رب العمل أو بسبب ديون يكون العامل قــد التزم بها للغير (م ٢/٦٩٥ مدنى) ، اذ لا تناسب اطلاقا بين مصلحة رب العمل فى تجنب مضايقات دائنى العامــل وبين الضرر الذى يصيب العامل نتيجة الفصل .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحــق ــ من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقــه ــ الطريقة الأكثر اضرارا بالغير دون

---

(١) انظــر فى ذلك : كتابنا فى الحقــوق العينية الأصــلية سالف الذكر ، فقرة ١٠٣ .

نفع ذى قيمة كبيرة له «١» . وذلك كمالك يقيم مدخنة فى مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجـار ، وكان يمكنه ــ دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو ــ تجنيب ملك الجار هـذا الضرر أو التقليل منه باقامتها فى مكان آخـر من البناء «٢» . وكمالك يقيم على حـدود ملكه ــ بقصـد منع الغبار وتطلع الجيران ــ حائطا يبنيه بالطريقة العادية بما يؤدى الى حجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره ، فى حين أنه كان بامكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار دون تفويت ما يقصده من غرض ، بجعل أجزاء الحائط المقابل لمطلات ملك الجـار من زجاج غير شفاف يسمح بتسرب الضـوء «٣» . وكالوارث الذى يخفق فى ادعائه الضمنى ــ المتضمن فى اعتراضه على تنبيه التنفيـذ ــ بتملك الأعيان المذكورة فى التنبيه بصفته الشخصية لا بصفته وارثا للمدين، فلا يواصـل السير فى الطريق الطبيعى ، وهو طريق الاستئناف ، بل يتخير طريقا لا يقـدم له كبير منفعة ولكن يضر بخصمه ضررا أكبر فيرفع دعـوى مبتدأة ومباشرة لاثبات حقه بوصفه الشخصى على هـذه الأعيان مما يجعل اجراءات التقاضى أكثر طولا ونفقة «٤» .

٤٠٩ ــ عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفى أن تكون المصلحة التى يرمى صاحب الحـق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ــ ولو كبير ــ له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقـوق ليست لها قيمة فى

---

(١) يجرى القضاء الفرنسى كذلك على اعتبار هـذه الصورة من صـور التعسف فى استعمال الحق ، انظر خاصة :

Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911. 2. 1933 — Req. 20 mars 1929. S. 1930. 1. 45. — Paris 28 octobre 1941. Gaz. Pal. 1941. 2. 490.

(٢) Appel mixte, 25 novembre 1880. B. 6. 8

(٣) Paris 28 octobre 1941, déjà précité

(٤) Appel mixte, 11 décembre 1930. B. 43. 78

نظر القانون الا بقــدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقــوق فى سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتهــا ويخلع عنها حماية القانون .

وقد استقر القضاء المصرى فى ظل التقنين المدنى القديم على الأخذ بهذا المعيار ، فاعتبر من قبيــل التعسف استعمال الحكومة حقها فى فصــل بعض الموظفين ارضاء لغرض شخصى أوشهوة حزبية لا لتحقيق مصلحة عامة «١». وكذلك طبق هذا المعيار بالحــكم السابق الاشارة اليه الذى اعتبر الوكيل بالتقاضى متعسفا فى استعمال حقه فى التخلى عن الوكالة، أمام ما تبينه من أنه كان يرمى بهذا التخلى الى غرض غير مشروع ، هو تعطيل الدعوى المرفوعة عليه بصفته وكيلا حتى يتمكن من أن يحكم له فى دعــوى أخرى موكلا فيها عن نفس الأشخاص ومتعلقة بنفس الأعيان وحتى يلحق بخصومه ضررا محققا من ابطال اجراءات الدعــوى القائمة التى ينكر فيها صفته وتحميلهم متاعب جمة فى اعلان موكليه فى الخارج «٢» .

وبناء على هــذا المعيار ، يعتبر متعسفا فى استعمال حقه : المالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه فى ذلك «٣». والمالك الذى يمتنع عن الترخيص بالايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقــد ، دون سبب مشروع «٤» أو بقصد

---

(١) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ، أول مارس سنة ١٩٢٨ ، المحاماة ٧٥٠/٤٥٩/٨ . ـ مصر الابتدائية ، ٢٦ يناير سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ٩/٤١٥/٦٦١ .

(٢) الزقازيق الكلية ، ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ١٠/٩٢/١٨٠ .

(٣) Trib. paix Vanves, 24 Août 1926 (2ème espèce), Repertoire Commaille 1926, 1. p. 349.

(٤) أنظر فى الاشارة الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى :
Josserand, op. cit., pp. 180, 402.
وأنظر كذلك فى هذا المعنى فى القانون المصرى :
منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجــار) ، ١٩٥٦ـ١٩٥٧ ، فقرة ٢٢٣ ، ص ٥٧٢ .

الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة . والمالك الذى يمتنع ــ فى حالة ما اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار أنشىء به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هــذا المصنع أو المتجر ــ عن ابقاء الايجــار مع المشترى (م ٥٩٤/٢ مــدنى) سعيا وراء كسب غير مشروع لا توقعا لضرر بصيبه «١» . والمالك الذى يحيط أرضه بأعمدة عالية تعلوها أسلاك شائكة بقصد مضايقة شركة الطيران التى تهبط طائراتها فى الأرض المجاورة بجعــل هذا الهبوط خطرا «٢» ، وحملها ــ للتخلص من المضايقة ــ على شراء أرضه بثمن مرتفع «٣» . وصاحب العمل الذى ينهى عقــد العمل ويفصل العامــل بسبب مذهبه السياسى أو عقيــدته الدينية ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثير فيه ، أو بسبب انضمامه أو عــدم انضمامه الى نقابة معينة ، أو بسبب نشاطه النقابى المشروع «٤» .

وواضح أن هذا المعيار معيار موضوعى مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة فى رقابة استعمال الحقــوق . ولعل صفته الموضوعية هى التى تجعله مفضلا لدى بعض الفقهاء «٥» على معيــار آخر شخصى يشيع الالتجاء اليه فى الفقه والقضاء الفرنسى «٦» هو معيــار الدافع أو الغــرض غير المشروع motif illégitime خاصة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ .

(٢) Req. 3 Août 1915. D. P. 1917. 1. 79

وحيثيات حكم : Appel mixte 30 mars 1926. B. 38.311

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق . ــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

(٤) انظر فى ذلك :

محمد حلمى مراد ، قانون العمــل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٤ ، ص ٣٦١ و٣٦٢ . ــ محمود جمال الدين زكى ، المرجــع السابق ، فقرة ١٥٦ ، ص ٣٩٤ و٣٩٥ . ــ أكثم أمين الخولى ، المرجع السابق ، فقرة ١٥١ .

(٥) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٦) انظر فى ذلك خاصة :

Josserand, op. cit., No. 296 et s.

ومع ذلك ، فينبغى أن يراعى أن المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما فى الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، اذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة الا التعبير الموضوعى عن المعيار الشخصى أو النفسى وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع «(١)»، فاذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف اذن الى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع أن هذين الوجهين انما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته . فللتحقق من هذه الموافقة، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التى وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعنى كل تباعد بينهما الانحراف فى استعمال الحق ، ويستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف الى الدوافع غير المشروعة أو الى المصالح غير المشروعة «(٢)» .

٤١٠ ـ الضرر الفاحش

رأينا أن المشرع اذا كان قد استبعد من معايير التعسف المنصوص عليها

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق .
Notre thèse précitée, p. 172.

(٢) Notre thèse précitée, ibid.
واذا كان بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » أدق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الانضباط وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو فى الواقع انما يفصل بين شيئين متلازمين ووجهين متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم نفى صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستهداء أساسا بعدم مشروعية الدافع الى هذا الاستعمال ، وهذا ما بصرت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى بقولها ان معيار المصلحة المشروعة اذا كان « ماديا فى ظاهره ، الا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٠٩ و ٢١٠) .

فى المادة الخامسة من التقنين المدنى الجديد المعيار الذى كان موجودا فى مشروعها التمهيدى وهو معيار « الاستعمال الذي يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره — بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » — معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى «[١]» .

والواقع أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ١ — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ؛ على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية — وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف — تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف «[٢]» ، وأن القضاء المصرى قد جرى كذلك على الأخذ بهذا النظر من التكييف فى ظل التقنين المدنى القديم «[٣]» ؛ ولا نظن

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٤٠٦ .

(٢) راجع فى ذلك :

Fathy, thèse précitée, Nos. 163, 164.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦—٣٨ و ٤١ . — وانظر كذلك المادة ١١٩٨ وما بعدها من المجلة ، والمواد ٥٧ و ٥٩—٦٢ من كتاب مرشد الحيران .

(٣) انظر فى الأخذ بفكرة الضرر الفاحش فى صدد مضار الجوار غير المألوفة: =

أن المشرع المصرى قد أراد العدول عن مثل هذا التكييف التقليدى المستقر، ففضلا عن أنه لا يوجد فى الأعمال التحضيرية ما يفصح عن هذا المسلك من جانبه ، نجـد فيها ــ على العكس ــ ما يؤيد استمساكه بهذا التكييف من واقع استقائه أحكام نظرية التعسف من الفقه الاسلامى خاصة واستهدائه فى ذلك باتجاهات القضاء المصرى .

وبالاضـافة الى ذلك ، فان الالتجاء الى فكرة التعسف هنـا كتبرير لمسئولية المالك فى أحوال المضار غير المعتادة للجوار يغنى عن التبريرات الأخرى التى تقدم فى هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة . كاقامة المسئولية على أساس خطأ المالك «١» ، رغم أن الغالب أن المالك يكون قـد قام باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لمنـع وقوع الضرر غير المألوف ولـكنه يقع رغم ذلك بحيث لا يتأتى نسبة أى تقصـير اليه «٢» . أو اقامتها على أساس نظـرية

= Appel mixte 30 Avril 1903. B. 15. 264 ; 6 Avril 1905. 17. 189 ; 2 mai 1940, B. 52. 246.

استئناف أهلى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحاماة ٢١/٣٧٦/٨٩١ .

وانظر ، خاصـة ، فى اعتبـار فكرة الضرر الفاحش من معايير التعسف فى استعمال الحق :

Appel mixte, 17 Avril 1945. B. 57. 125.

اذ يذكر هذا الحـكم أن « التعسف فى استعمال الحق فعل ضار (مادى أو قانونى) يكون مشروعا اذا اقتصر الأمر على بحث موضوعى شكلى له ، ولـكنه يكون غير مشروع اما لأنه قـد وقـع بنية الاضرار بالغير أو فى ظروف واقعيـة منتقدة ، أو لأنه قد انحرف عن غاية الحق ، أو لأنه قد سبب للغير **ضررا زائدا أو فاحشا** » (excès de préjudice).

(١) Savatier, op. cit., t. I. No. 71—Mazeaud, op. cit., t. I. Nos 620, 621

(٢) أنظر فى تفصيل نقد فكرة الخطأ كأساس لهذه المسئولية :

Capitant, Des obligations de voisinage..., Revue critique, 1900, p. 180. — Ripert, thèse précitée, pp. 391, 392. — Porcherot, thèse précitée, p. 136. — Josserand. op. cit., No. 16. — Stephani, =

المخاطر ووجوب تحميل من ينشىء المخاطر بتبعاتها «١» ، وهى نظرية قد كتب لها الفشل فى الفقه والقوانين الحديثة • أو اقامتها على أساس مجاوزة المالك حقه وخروجه عن نطاقه «٢» ، رغم أن مجاوزة الحـق تفترض أصلا فعلا غير مشروع فى ذاته، بينما فعل المالك هنا مشروع فى ذاته ولكنه ينقلب ــ حسب ظروف الحـال وملابساته ــ الى فعـل غير مشروع بالنظـر الى نتيجته غير المألوفة •

والواقـع أنه ــ فى تأسيس مسـئولية المالك عن الأضرار التى يسببها لجيرانه ــ لا يجب اغفال أن هـذه الأضرار انما تتحقق نتيجة أفعال مشروعة فى ذاتها هى المكونة لاستعمال حق الملكية ؛ فارتباط هذه المسئولية اذن بفكرة الحـق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر «٣» • وواضح أن المالك الذى

La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage, thèse Montpellier, 1941, pp. 37 - 42. — Notre thèse précitée, pp. 189, 190, 202.

(١) Josserand, op. cit. Nos. 16, 261

(٢) راجع فى ذلك خاصة :

Rouast, article précité, No. 5, p. 4

عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٥١، هامش (٤) ص٨٣٢ و٨٣٣ ؛ وفقرة ٥٦٣ ص٨٤٩ • ــ شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العينى، ١٩٥١ ، فقرة ٦٨ ، ص ٨٦ و٨٧ • ــ عبـد المنعم البدراوى ، شرح القـانون المدنى فى الحقوق الأصلية، الطبعة الثانية، ١٩٥٦، فقرات ٨٣ و٨٤ • ــ اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملـكية ، ص ١٠٥ و١٠٦ •

(٣) وليس بمقنع ان يقـال (أنظر خاصة : عبـد الرزاق السـنهورى ، الموضع السابق) ان المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى الجديد قد رسمت حدا لحـق الملكية بحيث يعتبر تعـديه مجاوزة لحق الملكية لا تعسفا فى استعماله ؛ اذ مقتضى منطق هـذا القول اعتبار المعايير المنصوص عليها فى المـادة الخامسة من التقنين الجديد حدودا موضوعية كذلك للحقوق ــ لمجرد وجود النص القانونى عليها ــ وبالتالى اعتبار كل فعل من تطبيقاتها مجاوزة للحق لا تعسـفا فى استعماله، وفى =

يستعمل حقه استعمالا يؤدى الى تحميل جيرانه أضرارا تجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، انما يخـل ــ لحساب الصالح الفردى ــ بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعى «١» وينحرف بالحـق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض أضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استعماله تعسفيا غير مشروع لا يستأهل حماية القانون •

واذا كانت صـورة مضار الجوار غير المألوفة فى صدد استعمال حـق الملكية «٢» هى أظهر صور معيار الضرر الفاحش ولذلك كانت عناية المشرع بالنص عليها صراحة (م ٨٠٧) ، فلا يجب أن ينفى ذلك امكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية • فنستطيع أن نعتبر المتعاقد الذى يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقـد بشروطه الأصلية المحددة فيه ، رغم أن هـذا التنفيذ قد صار ــ نتيجة طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ــ مرهقا للمتعاقد الآخر بحيث يهدده بخسارة فادحة ، متعسفا فى استعمال حقه «٣» ، وأن نرد هـذا التعسف الى فكرة الضرر الفاحش ؛

= ذلك انكار لفكرة التعسف ذاتها •

(فى هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 274)

والواقع أن وجوب التفرقة بين مجـاوزة الحق والتعسف فى استعماله على النحو السابق بيانه ، يقتضى اعتبار مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة مقامة على أساس التعسف فى استعمال حقه لا على أساس مجاوزته حدود هذا الحق ، اذ صورة المجاوزة انما تتعلق بمضمون الحق بينما صورة التعسف تتعلق بغايته (راجع سابقا ، ص ١٠٩١ و١٠٩٢) ؛ وواضح أن فعل المالك هنا انما هو استعمال لسلطة من سلطات حقه فيكون داخـل مضمونه لأن التحريم والجزاء لا يتوجه الى ذات السلطة التى تبقى أصلا سلطة مشروعة مخـولة له ، وانما الى نتيجتها الباهظة المنافية لغاية الحق •

(انظر كذلك : Notre thèse précitée, p. 203).

(١) Notre thèse précitée, p. 204

(٢) يراعى أن هذه الصورة تعرض كذلك فى صدد استعمال الشىء ممن له حق فيه كالمنتفع أو المستأجر (فى هذا المعنى : شفيق شحاته، النظرية العامة للحق العينى، هامش (١) ص٨٦ • ــ اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج ١ ، هامش (٢) ص ١٠٤) •

(٣) انظر فى تأسيس نظرية الظروف الطارئة على أساس فكرة التعسف =

وجزاء هــذا التعسف هو قيام القاضى ــ تبعا للظروف وبعــد الموازنة بين مصلحة الطرفين ــ برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١٤٩/٢ مدنى).

وعلى أى حال ، فصورة مضار الجــوار غير المألوفة تعبر عن معيار مرن كل المرونة يتسع لتطور الحيــاة الاجتماعية ويمكن القاضى من الاعتــداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته «(١)» ما قضى به من أنه « اذا أنشأت الحكومة محطة من محطــات المجارى على قطعة من أمــلاكها أقلقت ادارتها راحــة الســكان فى حى مخصص للســكنى ، كان لهــؤلاء السكان الحــق فى الرجوع على الحــكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار «(٢)» ، ومن أن شركة الفنــادق التى تقيم جهازا لتــوليد الــكهرباء فى ملحق فندق تملكه ، تكون مسئولة عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز «(٣)» .

٤١١ ــ تقدير مسلك المشرع المصرى

اذا كانت هــذه هى مجموعة معايير التعسف وضوابطه التى يقــدمها المشرع المصرى ، فيبقى تقدير مسلكه فى هذا الصدد . والواقع أن المشرع المصرى قد تأثر فى صياغته هذه المعايير بالمصادر الأساسية التى استقى منها نظرية التعسف فى استعمال الحــق وهى : فقه الشريعة الاسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصرى فى الأخــذ بهذه النظرية فى ظل التقنين القــديم من

=

فى استعمال الحق :

Naquet. Note S. 1920. 1. 105. — Cornil, op. cit., pp. 118-126. — Sultan, thèse précitée, pp. 78-81. — Campion, op. cit., Nos. 250-257. — Ripert, op. cit., Nos. 86-88. — Notre thèse précitée, pp. 243-245.

حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ .

(١) انظر فى تفصيل هــذه التطبيقات : كتابنا فى الحقوق العينية الأصلية سالف الذكر ، ص ٢٩٩ وما بعدها .

(٢) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠، المحاماة ٨٩١/٣٧٦/٢١ .

(٣) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette 4. 206. 492

ناحية أخرى «١» . وقد كانت أحكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن أحكاما جزئية تعرض بصدد كل حق من الحقوق على حدة ، فظلت فى مرتبة الفروع وتعدد الصور والمعايير بما يناسب عادة كل حق دون أن ترتفع الى مرتبة الأصول الكلية التى تفرض مبدأ أو معيارا واحدا يجمع ويحكم شتات تلك الصور المتعددة ، وكذلك كانت صور التعسف فى أحكام القضاء المصرى متعددة دون أن يجمعها معيار عام يهيمن عليها ، حيث كانت هذه الأحكام ـ بما ابتدعت من فكرة التعسف فى استعمال الحق ـ تواجه دعاوى منفردة لكل منها ما يميزها ويحدد صور التعسف فيها من خصوصياتها ووقائعها . ولكن كان خليقا بالمشرع المصرى ، وهو يستقر على الأخذ بهذه النظرية ، أن يستخلص المبدأ أو المعيار العام الذى ترد اليه مختلف صور التعسف ومعاييره فى أحكام الفقه الاسلامى وأحكام القضاء المصرى ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهدت أمامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف فى استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التى تحكم مختلف صوره «٢» ، وأن التقنينات الحديثة التى سبقته فى تقنين هذه النظرية قد نحا أغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد صوره ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهى أقل مناسبة فى صياغة التشريع كما سبق البيان فى شأن وسائل تحديد معيار التعسف «٣» .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصرى من تعديد معايير مختلفة

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٨ و٢٠٩ .

(٢) انظر فى ذلك خاصة ، فى شأن الفقه الاسلامى :

Fathy, thèse précitée, Nos. 146 et s.

وفى القانون الفرنسى :

Josserand, op. cit., Nos. 291 et s.

(٣) أنظر سابقا ، ص ١١١١ .

للتعسف مسلك منتقد من ناحية أخرى • ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحـد أمرين : اما أن هـذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف فى استعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم فى الجماعة ؛ واما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الأفضل حينئذ اعطاء القاضى المبدأ العام الذى يحكم توجيه كل هذه المعايير والصور «١» • واذا كان جمهور الفقه المصرى «٢» يقطع بورود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضى من الأخـذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من ناحيتنا أن المشرع المصرى لم يرد تقييد القاضى تقييداً جازما بهذه المعايير وحدها «٣» ؛ فهو قـد وضع فى المادة الرابعة من التقنين المدنى المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحـق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسئوليته اذا كان استعمال الحق مشروعا وتتحقق اذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر فى المادة الخامسة أحـوالا يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عـدم المشروعية فيها وانما ــ كما تقـول المذكرة الايضاحية ــ لكى « يهيىء للقاضى **عناصر نافعة للاسترشاد** » «٤» •

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبـدأ أو المعيار العام الموجـه لكل ضوابط ومعايير التعسف التى ذكرها المشرع المصرى • وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها «٥» • اذ لا يتصور أن تكون الحقـوق ــ وهى تمثـل قيما اجتماعية يحميها القانون ــ معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب البتة مع

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٩ . ــ أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٤ . ــ اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . ــ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, ibid.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٥) Notre thèse précitée. pp. 278, 279

ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحميل الغير بأضرار فاحشة . وفكرة الغاية هـذه هى التى ارتضيناها من قبل أصـلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيـار التعسف فيه ، على ضوء ما بيناه من اتصال التعسف أساسا بفكرة الحـق وكون الحـق وسيلة لغاية معينة دون أن يكون غاية فى ذاته . واعتبار الانحراف عن غاية الحق موجها عاما لـكل معايير التعسف وصـوره المختلفة ، هو الذى أكدته دائما بعض أحكام القضاء الفرنسى «١» والمصرى «٢» ، وهو الذى يحظى اليوم كذلك بتأييد فقهى وتشريعى كبير فى القوانين الحديثة كما سبق البيان «٣» ؛ وهو كذلك الموجه الواجب التأييد رغم ما يزال يثيره من تخاوف لا مبرر لها «٤»، وخاصة بعد أن لم يعد ثم محـل لهذا التخوف فى القانون المصرى أمام أخـذ المشرع صراحة بمعيـار « المصلحة غير المشروعة » ، وهو منوط كما رأينـا بتحـديد غاية الحق ودوافع استعماله ، مما يجعله فى الواقع خاضعا فى جانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة «٥» التى يرفض بعض الفقهاء «٦» معيار « غاية الحق » من أجل توقى الدخول فيها، بل ولعل معيار « المصـلحة غير المشروعة » أن يكون فى الحقيقة هو أظهر تمثيـل وتجسيم للمعيار العام الموجه وهو معيار « الانحراف عن غاية الحق » .

---

(١) انظر خاصة :

Trib. Toulouse, 13 Avril 1905. D. P. 1906. 2. 105 (Note Josserand). — Trib. Compiègne, 19 Février 1913, D. P. 1913, 2 .177 (Note Josserand). — Rennes, 20 Janvier 1932, Gaz. Pal. 1932. 2. 516.

(٢) انظر خاصة :

الزقازيق الكلية ، ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ، المحاماة ١٠/٩٢/١٨٠ .

Appel mixte, 17 Avril 1945. B. 57. 125.

(٣) انظر سابقا ، ص ١١١٣ .

(٤) انظر سابقا ، ص ١١١٠ .

(٥) فى هذا المعنى :

أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٤٣٣ .

(٦) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

الفصل الثـالث

محـل التعسف

٤١٢ ـ تمهيـد

اذا تحدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله، فيبقى تحـديد نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التعسف . وفى شأن هذا المحل ، نجد اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية ببسط محل التعسف الى الحريات أو الرخص العامة كالحقـوق سواء بسواء ، والثانى الى التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق من ورود التعسف عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقـديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته ــ على النحـو السابق بيانه ــ يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الأول على فكرة التعسف ونظريته ، وأن عـدم التخلص الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفـردية وما ولدته فى الأذهان من حصانة مطلقـة لأصحاب الحقـوق فى استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال . فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك .

٤١٣ ـ التعسف يرد على اسـتعمال الحقـوق دون ممارسة الحـريات أو الرخص العامة

سبق أن أشرنا «١» الى أن الخلط قـديم فى الفقه بين الحقـوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعيا أن يمتد هـذا الخلط الى نظرية التعسف فى استعمال الحـق ويجد فيها مرتعا خصيبا يرضى رغبة أنصارها والمدافعين عنهـا ، فى الأقل أول ظهـورها ، فى ابرازها وتضخيم أهميتها بتوسيع نطاق تطبيقها على هـذا النحو الذى لا يقتصر على الحقوق

---

(١) انظر سابقا ، ص ٥٦٤ .

بالمعنى الصحيح فحسب بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العـامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح فى الأصل أيا كان ، بحيث كادت هـذه النظرية تقتحم — فى كتاباتهم — كل نواحى القانون المدنى ان لم يكن نواحى القانون قاطبة ، وغـدا من اليسير الجارى على أقلامهم ادعاء وجود التعسف وتلمسه دون تدقيق فى حقيقته وكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك — على خلاف ما يظن أصحابه — ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف فى استعمال الحـق أو بالذى يعين على تدعيمها وتقويتها ، فليست قيمة النظريات فى اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو فى دقة تحديدها . ومن شأن هذا التضخيم المصطنع فى نطاق تطبيق نظرية التعسف — على حساب اغفـال أصلها من الارتباط بفكرة الحـق بوصفها التقـويم والتصـحيح اللازم لها — تميع هـذه النظرية وانطماس حـدودها ، وهو ما يتهددها من فرط اتساعها وانبساطها — بالعجز والضعف »(١) .

فضلا عن أن توسعة نطاق نظرية التعسف ، على هذا النحو ، انما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحـق » وفكرة « الحرية أو الرخصـة العامة » . ولعل منشأ هذا الخلط ما كان سائدا فى القرنين السابع عشر والثامن عشر من ظروف الاستبداد والحـكم المطلق واهدار حريات الأفراد ، مما دفع الفلاسفة وكتاب السياسة الى اصطناع ما يسمى بحقوق الانسان — للتعبير بها عما يجب توفيره للأفراد من حريات عامة — وردها الى قواعـد القانون الطبيعى واعتبارها خالدة مقدسة بالتالى ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعـومة التى كانت سندهم فى الاسـتبداد والطغيان . ثم جـرت « اعلانات حقـوق الانسان والمواطن » التى صـدرت فى أعقـاب الثورة الفرنسية على مثل هـذا النحو من تسمية الحريات العامة باسم الحقـوق ، وشاعت هـذه التسمية حتى جرت على أقلام الفقهاء أنفسهم ، رغم أنها مجرد

---

(١) Notre thèse précitée, p. 63

تسمية مجازية تؤخـذ فيها الحقـوق بالمعنى السياسى أو الفلسفي لا بالمعنى القانونى الدقيق «١» .

واذا كانت نظرية التعسف فى استعمال الحـق لا تعنى ــ كما هو ظاهر من اسمها ــ الا الحقوق واستعمالها، فهى انما تعنى الحقوق فى المعنى القانونى الدقيق فحسب ، مما يسـتبعد من نطاق تطبيقها تلك الحـريات أو الرخص العامة التى قد تعتبر حقوقا فى المعنى السياسى أو الفلسفى دون القانونى .

والواقع أن اجـراء نظرية التعسف على ممارسة الحـريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه، ففكرة الخطأ فى نطاق المسئولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف فى هـذه الممارسة عن مقتضى السلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع فى الأصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فاذا كان ينبغى فى نظر البعض التسوية فى الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فان منطق هذا النظر يقضى بمد فكرة الخطأ الأصيلة الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهـذا ما يفعله أنصـار تسوية التعسف بالخطأ التقصيرى تسـوية كاملة «٢» .

غير أنه اذا كان ينبغى ــ كما سبق البيان ــ الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واسـتقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجانهـا من دائرة المسـئولية التقصيرية «٣» ، واعتبار فكرة التعسف هى الفكرة المناسبة فى شأن تحديد الانحراف فى استعمال الحقوق بالنظر الى ما تعنيه الحقوق من تفاوت فى مراكز الأفراد، فى حين تظل فكرة الخطأ هى الفكرة المناسبة فى شأن تحديد الانحراف فى ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تعنيه هـذه الحريات من

---

(١) انظر فى هذا المعنى خاصة :
Waline, L'individualisme et le droit, p. 94 et 385.

(٢) انظر فى هذا المعنى فى الفقه المصري خاصة :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ و١٦٧ .

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٤٠٤ .

تســاوى مراكز الأفراد «[١]» ؛ فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل ، فتقتصر فكرة التعسف على استعمال «الحقوق» بالمعنى القانونى الدقيق ، وتظـل فكرة الخطأ منبسطة ــ من بين ما تتناوله ــ على ممارسة الرخص أو الحريات العــامة ، وهو ما يعطى أهمية بالغة ــ فى شأن تحديد محل التعسف ونطاق نظريته ــ للتفرقة بين الحقــوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما ــ فى صدد تعريف الحق ــ على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستئثار والانفراد تسلطا على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة، واذا كانت تخول مكنات معينة فهى تخــولها فى الواقع للنــاس كافة دون أن تكون محل اســتئثار أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين «[٢]» .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العــامة ، ومن قصر اعمال نظرية التعسف على الحقــوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة. فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالتفرقة بين الحقــوق وبين الحريات أو الرخص العامة «[٣]» ، وكان المقصود من ذلك ــ كما تقول المذكرة الايضاحية «[٤]» ــ بيان أن « التعسف يرد على استعمال **الحقوق وحدها** ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يبــاشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جــراء ذلك... لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه ». ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر فى التقنين، فلا ينتقص ذلك من دلالته على اتجاه المشرع،

---

(١) انظر سابقا ، ص ١١٠١ .

(٢) راجع سابقا ، ص ٥٦٠ــ٥٦٧ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٥٦٧ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، هامش ص ٢٠١ .

لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشريعيا .

واذا تحدد ، على هذا النحو ، محـل التعسف ونطاق نظريته باستعمال الحقـوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العـامة ، فيكون اذن من باب التجوز البحث اجراء نظرية التعسف فى استعمال الحـق على حرية التعاقـد بوجهيها الايجابى «[١]» والسلبى أو حرية التجـارة أو حرية الرأى أو حرية الاجتماع أو غير ذلك من عديد الحريات أو الرخص العـامة . واذا كان من المسلم ترتيب مسئولية من يرفض التعاقد فى أحـوال معينة «[٢]» . أو يقـوم

---

(١) كاعتبار التدليس والاكراه والاستغلال — وهى من عيوب الرضا — تعسفا فى استعمال حـق التعاقد يكون جزاؤه ابطال العقـد أو انقاص التزاماته (Josserand, op. cit., No. 104. — Roubier, Essai sur la respon sabilité précontractuelle, thèse, Lyon, 1911, pp. 172-181). أو اعتبار السكوت الممتد الذى يلتزمه من يوجه اليه الايجاب فى أحـوال معينة تعسفا كذلك فى استعمال حق التعاقد أو حق السكوت يكون جزاؤه حمل السكوت محمل القبول مما يعنى انعقاد العقد (Josserand, op. cit. No. 102) ؛ اذ واضح أن حق التعاقد أو حق السكوت المزعوم هـذا ليس الا الحرية العامة فى التعاقـد المعترف بها للـكافة ، فلا شأن للتعسف بها .

انظر : (Notre thèse précitée, p. 108).

(٢) وأكثر ما يعـرض ذلك فى شأن الأشـخاص الذين يستحثون غيرهم على الايجاب ويدعـونهم اليه ، كالتجـار وأصحاب الفنـادق والمطـاعم الذين يستحثون الجمهـور على التعاقد معهم ، أو أصحاب الأعمال الذين يدعون العمال للعمل لديهم . ويرى كثيرون فى رفض هؤلاء الأشخاص — دون مبرر مشروع — قبـول الايجاب الصادر من بعض أفراد الجمهـور بعد ذلك تعسفا فى استعمال ما يسمونه حق عدم التعاقد أو حق رفض التعاقد (انظر خاصة :

Morel, Du refus de contracter en raison des considérations personnelles. Rev. Trim. de droit civil, 1908, pp. 289 - 311. — Roubier, thèse précitée, p. 123 et s. — Bardesco, thèse précitée, pp. 131-135 — Cornil, op. cit., p. 112 — Campion, op. cit., Nos 139-154. — Josserand, op. cit., Nos 91-99. — Marson, thèse précitée, pp. 22, 23. — Prieur, L'abus des droits dans la formation, et dans la dissolution du contrat de travail, thèse Paris, 1942, pp. 28-43.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يرتب المسئولية فى هذه الحـالة بنص صريح يقضى بأنه « يجوز لمن وجه اليه الايجاب أن يرفضه ، ما لم

=

بدعاية أو منافسة غير مشروعة «(١)» ، أو يقـود حملة صحفية مغرضة «(٢)» ؛ فلأن هذه الأفعال تتوافر فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولا تعتبر تعسفا في استعمال حقـوق مزعومة لا وجـود لها في المعنى القانوني

=

يكن قد دعا اليه فلا يجـوز له في هذه الحالة ان يرفض التعاقد الا اذا استند الى أسباب مشروعة » ؛ ولـكن هذا النص حذف من بعـد اكتفاء بتطبيق القواعـد العامة التي تسند حكمه . غير أن المهم في هـذا الصدد هو أن المذكرة الايضاحية لهذا النص كان تسنده ــ كما يفعل جانب من الفقه الفرنسي ــ الى فكرة التعسف مقررة أن هذا الأثر القانوني ليس الا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة بل وتطبيقا من تطبيقات مبـدأ جامع هو مبدأ اساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله . على أن الاساءة في هذا الفرض تردعلي مجرد رخصة من الرخص وهذه خصوصية تسترعي الانتباه» (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المـدني ، ج ١ ، هامش ص ٤٥) .وفي هذا القول تناقض لا يخفى ، اذ ما دام يسلم بأن الأمر خاص برخصة من الرخص العامة هي حرية عـدم التعاقد أو رفضه ، فما وجه تخصيص استعمال هـذه الرخصة باخضاعها لفكرة التعسف خروجا على الأصل من ورود التعسف علي الحقوق وحدها ؟ . خاصة وأن اعمال فكرة الخطأ ــ وهـذا هو مجالها الطبيعي باعتبار رفض التعاقد رخصة لا حقا من الحقوق ــ يغني في الواقع عن هذا الخروج .

(١) كالصيدلي الذي يصور مكانا للحج ويضعه علي بعض عقاقيره للدعاية لها وترويجها (Grenoble, 15 Juillet 1919 D. P. 1920. 2. 9) وقد اعتبر بعض الفقهاء ذلك تعسفا في استعمال حق التصـوير ونشر الصـور (انظر : (Rouast, Note sous l'arrêt précité, ibid -Josserand op cit. No.164) ، رغم أن الأمـر لا يتعلق الا بمجرد حـرية أو رخصة من الرخص لا شأن لفكرة التعسف بها .

وكالتاجر الذي يهـون من منتجات أو بضائع خصمه ويحقرها ويقلل من الثقة فيها أو يستعمل أساليب غير كريمة ليفض عملائه من حوله . وقـد اعتبر بعض الفقهاء ذلك تعسفا في استعمال حق المنافسة الحرة (Josserand, op. cit., No.172) رغم أن حرية المنافسة مجرد رخصة من الرخص يجب أن يخضع استعمالها لفكرة الخطأ لا لفكرة التعسف .

(٢) كرجل الدين الذي يهاجم في خطـابه علني المدرسة اللادينية ويعمم بعض الاتهامات الخطيرة التي تنسب الى بعض معلميها (Orléans 10 décembre 1913.S.1914. 2.97) ، وكالجريدة التي تدعو الناس الى مقاطعة أحـد التجار لأنه يفتح محله يوم عطلة الأحد (Req. 8 mai 1876. D. P. 1876. 1. 259) وقد اعتبر بعض الفقهاء ذلك تعسفا في استعمال حق الرأي (Josserand, op. cit. Nos 162, 163. — Campion, op. cit. No. 101) ، رغم أن الأمر هنا لا يعدو أن يكون استعمالا لحرية أو رخصة عامة .

=

الدقيق «١» .

غير أن من الحقوق مايدق أمر التفرقة بينه وبين الحريات أو الرخص العامة الى حد بعيد، ومن ذلك خاصة حق الدعوى (Le droit d'action) فى تمييزه عن حرية التقاضى أو حرية الالتجاء الى القضاء (faculté d'accès à la justice) . فحرية التقاضى هى حرية كل شخص فى طرح ادعاءاته أمام القضاء أيا كانت قيمة هذه الادعاءات أو صحتها، حتى ولو كانت ادعاءات لا يمكن اسنادها قانونا «٢» . أما حق الدعوى ، فهو سلطة صاحب حق من الحقوق فى أن يقتضى من القضاء ــ فى مواجهة خصمه ــ الاعتراف بحقه المنكور أو حماية حقه المهدد أو المعتدى عليه «٣». ولذلك كان حق الدعوى حقا استئثاريا خالصا لصاحبه، وكانت حرية التقاضى رخصة عامة للكافة دون استثناء «٤» ؛ بحيث يعتبر حق الدعوى وحده هو الذى يمكن أن يرد عليه

= بل لقد ذهب بعض الفقهاء الى أبعد من ذلك ، فاعتبروا السب والقذف بنية الأضرار من قبيل التعسف فى استعمال حق مزعوم هو التعبير عن الرأى وخاصة عن طريق الصحافة — (Josserand, op. cit. Nos 159, 160. ؛ Campion, op. cit. No. 100) ولا حاجة الى بيان وجه المبالغة والمفارقة فى هذا النظر !...

(١) Notre thèse précitée, pp. 109, 110

(٢) ويدخل تحت هذه الحرية كذلك حرية الدفاع أمام القضاء وحرية سلوك الطرق المختلفة للطعن فى الأحكام ، انظر فى ذلك :

Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, t. I, 3e éd. No. 170.

(٣) انظر فى التمييز بين حق الدعوى وحرية التقاضى على هذا النحو :

Glasson et Tissier, op. cit. No. 167-172.

Notre thèse précitée, pp. 110-113.

ولذلك فمن ليس له حق فيما يدعيه، تبقى له على الأقل حرية رفع ادعائه ــ ولو كان لا يمكن اسناده ــ الى القضاء ، ولكن القضاء يرفض من بعد طلبه وادعاءه على أساس ان لا حق له ولا دعوى له بالتالى .

(فى هذا المعنى : Glasson et Tisiser, op. cit. No. 169 172.).

(٤) ومقتضى ذلك أن حق الدعوى ليس حقا عاما مخولا لصاحبه ضد الدولة وانما هو حق خاص مخول له ضد شخص معين ، والقول بغير ذلك معناه الخلط بين حق الدعوى وبين حرية التقاضى التى تعتبر وحدها حرية عامة .

(انظر : Glasson et Tissier, op. cit., Nos 170, 172).

التعسف ، أما الانحراف فى ممارسة حرية التقاضى فتتكفل بتقويمه — اذا كان انحرافا عن السلوك المألوف — نظرية المسئولية التقصيرية وفكرة الخطأ «(١)» .

ولذلك لا يعتبر تعسفا وانما يكون خطأ : تقديم شكوى أو تبليغ لا أساس له «(٢)» ، ورفع دعوى لا أساس لها لمجرد مضايقة الخصم «(٣)» ، وانكار صفة ثابتة على من تتوافر له لمجرد التمادى فى الخصومة «(٤)» . بينما يعتبر من قبيل التعسف الحقيقى لوروده على حق بالمعنى الدقيق هو حق الدعوى : مقاضاة الدائن صاحب الحق مدينه أمام محكمة يعلم أنها غيرمختصة لمضايقته بالانتقال الى محلها ، والتزام المدعى عليه الصمت — رغم أنه صاحب الحق — وعدم دفعه الدعوى بدفع يملكه ويعلم أنه حاسم ينهى النزاع لمجرد ارهاق خصمه بتكاليف استمرار الخصومة «(٥)» ، وقيام الخصم صاحب الحق بترك الحكم يصدر فى غيبته ليعود فى المعارضة فيتقدم بدفع بعدم الاختصاص بعلمه من الأصل مقبولا «(٦)» ، واختيار المدعى صاحب الحق — من بين المحاكم

---

(١) انظر فى هذا المعنى خاصة :

Glasson et Tissier, op. cit., No. 171. — Notre thèse précitée, p. 111

ولكن انظر عكس ذلك :

احمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٨٨ .

(٢) انظر ، مع ذلك ، فى اعتبار هذا المثال تعسفا فى استعمال الحق :

Josserand, op. cit.,No. 49

(٣) ولكن انظر فى اعتبار ذلك تعسفا :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 591.

(٤) كمن ينكر — دون حق — صفة الوارث على شخص معين وهو على يقين من توافرها له بقصد الاضرار به والكيد له .

(انظر : نقض ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤/٥٧/٩٣ — استئناف مصر ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣٨ ، المحاماة ١٩/٢٢٥/٥٣٦) . ولكن هذه الأحكام تعتبر ذلك تعسفا فى استعمال الحق رغم ما هو واضح من أن الأمر يعنى هنا حرية التقاضى العامة وليس حق الدعوى) .

(٥) Ripert, op. cit., No. 96

(٦) Req. 26 Juin 1855. S. 1856. 1. 454

المختصة المتعددة ـ المحكمة الأبعـد بالنسبة الى المدعى عليه ليحمله ضررا كبيرا «(١)» •

٤١٤ ـ التعسف يرد على استعمال كافة الحـقوق ـ رفض فكرة الحقوق المطلقة او التقديرية

اذا كان التعسف لا يرد الا على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العـامة على النحو السابق بيـانه ؛ فيبقى التساؤل عما اذا كان التعسف يرد على استعمال كافة الحقـوق دون تمييز ، أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر •

نجد اتجاها قويا فى الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هـذا الاستعمال ـ فى دوافعه وأغراضه ـ لرقابة أو تعقيب القضاء ، وهو ما يحمى أصحابها من أى حـد من هـذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسئولية تترتب بسببه ؛ وهـذه هى « الحقوق المجردة أو غير المسببة » (droits abstraits ou non causés) كما يسميها البعض «(٢)» ، أو «الحقوق التقديرية» (droits discrétionnaires) كما يسميها بعض آخر «(٣)» •

غير أن أنصار هـذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هـذه الطائفة من الحقوق المطلقة أو التقديرية •

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعيينا دقيقا تغنى عن الحـدود الشخصية التى تقيمها نظرية التعسف فى اسـتعمال الحق «(٤)» • غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع ، فلا يتوقف اعمال نظرية التعسف فى الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة

---

(١) Ripert, op. cit., No. 97

(٢) Josserand, op. cit., No. 306

(٣) Rouast, article précité

(٤) Josserand, op. cit., No. 306, p. 416

الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية ــ مهما بلغت دقة تعيينها ــ انما ترسم مضمون الحق والتعسف انما يتعلق بغايته . هذا فضلا عن عدم صدق هذا التبرير فى كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التى يقال انها مطلقة أو تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق «١» .

ويرد بعض آخر من أنصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى أن استعمالها استعمالا تحكميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يهيمن على هذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده «٢» . ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . اذ ما دام من شأن اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق اخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهى بحسب طبيعتها دوافع شخصية، فلا وجه اذن لحرمانه ــ بدعوى الصفة الشخصية الخالصة ــ من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض . فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة أخرى ليس من اليسير حلها ، هى مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء «٣»، وبذلك يتعذر التوصل مقدما ــ على ضوء هذا التبرير ــ الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف .

وأمام عدم توفيق هذه المحاولات فى تقديم تبرير عام يصدق على كل الحقوق التقديرية ، يحاول بعض فقهاء آخرين تتبع كل حق من الحقوق التقديرية على حدة لتحديد المبرر لصفته المطلقة على ضوء طبيعته ومعناه الخاص «٤»، وان كانوا يحاولون مع ذلك أن يردوا المبررات الخاصة المختلفة

---

(١) Rouast, article précité, No. 3, pp. 2, 3

(٢) Ripert, op. cit., No. 100

(٣) Notre thèse précitée, p. 123

(٤) انظر خاصة :

Rouast, article précité, p. 3. pp. 8 et s. — Dabin, op. cit. pp. 305-308.

الى مجمـوعات معينة تستجيب كل منهـا لفكرة عامة مشتركة بين الحقـوق التقديرية الداخلة فيها .

وهم يبدأون من التفرقة التى سبقت الاشارة اليها «١» بين « الحقـوق الذاتية أو الأنانية » التى تمثـل ميزات فردية تعطى أصلا لتحقيق المصلحة الخاصة لأصحابها ، وبين « الحقوق الغيرية أو الوظيفية » التى تمثل واجبا أو وظيفة تقع على أصـحابها لتحقيق مصلحة الغير أو مصـلحة الجماعة بوجـه عام «٢» . ففى شأن ما يعتبر تقديريا من الحقـوق الأخيرة ، وخاصة فى شأن السلطات الأبوية والعائلية كسلطة الأبوين فى القانون الفرنسى فى الموافقة أو عـدم الموافقة على زواج الابن القـاصر أو فى الاعتراض على زواج الابن الراشد ، يردون صفتها التقديرية الى عوامل متعددة : كالتقاليد التاريخية ، أو الثقة التى يمنحها القانون لأصحاب هـذه السلطات بحكم مراكزهم ، أو الصعوبات التى تحوط تحقيق الرقابة على استعمال مثل هذه السلطات «٣» . وأما فى شأن ما يعتبر تقديريا من الحقوق الذاتية أو الأنانية التى تعطى ميزات فردية لتحقيق صالح أصحابها ، فيردون الصفة التقـديرية لبعضها الى تعلقها بالشخصية الانسانية كما هو الشأن فى حق الايصاء وحق الرد والحق المعنوى للمؤلف «٤» ، ولبعضها الآخر الى اعتبارات تتعلق بالسياسة الاجتماعية كما هو الشأن فى حق طلب قسمة المال الشائع وحق الاشتراك فى ملـكية الحائط الفاصل فى القانون الفرنسى «٥» ، ولبعضها الأخير كحق فتح المطلات على المسافات القانونية المشروعة الى الآثار الباقية للنظرة القديمة الى حق الملكية باعتباره

---

(١) انظر سابقا ، هامش (٢) ص ١١١٢ .

(٢) **Rouast, article précité, p. 5 et s. — Dabin, op. cit., pp. 217-236.**

(٣) **Rouast, article précitée, No. 24, pp. 15, 16. — Dabin, op. cit., pp. 253, 254.**

(٤) **Rouast, article précité, Nos 15-17 pp. 9-12**

وقرب من ذلك فى شأن حق الايصاء :

Dabin, op. cit., p. 307.

(٥) **Rouast, Nos. 19, 20. pp. 13, 14. — Dabin, ibid.**

حقا مطلقا «١» ، أو الى الحاجة الى الوضوح فى علاقات الجيران والأمن فى استعمال حق الملكية «٢» .

واذا كان هذا المذهب يتفادى ما فى التعميم فى تبرير وجود حقوق تقديرية مطلقة من قصور محتوم أمام تعدد هذه الحقوق وتنوعها ، الا أن المبررات المتعددة التى يقدمها ليست مقنعة فى عزل بعض الحقوق عن رقابة القضاء على استعمالها . فلو سلمنا جدلا بصحة التفرقة بين « الحقوق الذاتية أو الأنانية » و« والحقوق الغيرية أو الوظيفية » رغم ما يرد عليها من اعتراض «٣» ، لبقيت المبررات المقدمة لاسناد الصفة المطلقة لما يعتبر تقديريا من كل من نوعين محلا للانتقاد. فاعتبارات الشخصية الانسانية أو السياسة الاجتماعية أو التقاليد التاريخية أو صعوبات الرقابة القضائية ، اعتبارات خارجية لا تمس جوهر فكرة الحق التى ترتبط بها نظرية التعسف ، ولا يجب أن يكون لها من الوزن مثل ما يعطى لها فى استخلاص بعض الحقوق من الخضوع لهذه النظرية والفصل بذلك فى شأنها بين فكرة « الحق » وما يرتهن به من غاية معينة .

والواقع أنه اذا كانت ما تزال توجد فى بعض القوانين والشرائع التى تقر الأخذ بمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة

---

(١) Rouast, No. 18, p. 13. — Dabin, ibid.

(٢) Dabin, ibid.

ويحاول الأستاذ « دابان » أن يجد رابطة مشتركة بين كل هذه المبررات للصفة المطلقة لما يعتبر تقديريا من الحقوق الذاتية أو الأنانية ، هى كون الاعتبار الأخلاقى الذى تؤسس عليه عنده فكرة التعسف فى استعمال الحقوق الذاتية يجب أن يتلاشى حيث توجد اعتبارات أخرى يؤدى تجاهلها اجتماعيا الى مضار أكثر من مضار التعسف (Dabin, op. cit., pp. 307, 308) . وظاهر ما فى هذا القول من تعميم ينقصه التحديد والوضوح ، مما يصيره سلاحا ذا حدين يمكن استخدامه فى شأن اى حق من الحقوق بل وفى القضاء فى النهاية على نظرية التعسف نفسها .

(٣) انظر فى انتقاد هذه التفرقة:
Notre thèse précitée, pp. 126-129.
وسابقا ، هامش ص ١١١٣ .

لا يخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التى كانت تجعل لصاحب الحـق حصانة مطلقة فى استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة حية فى شأن تلك الحقوق ، أن التعسف فى استعمالها لا يمثل بعـد فى نظر الجماعات صاحبة هذه القوانين درجة من الخطورة الكافية تحملها على التصدى لتقويمه «١» . ولذلك كان طبيعيا ألا تتفق هـذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقـديريا مطلقا من الحقـوق ، اذ يختلف الأمـر بحسب نظرة كل جماعة والمثـل التى تسيرها والسياسة التشريعية التى تستهدفها ومـدى ارتدادها عن النزعة الفـردية القديمة ومدى استشعارها خطر التعسف فى استعمال هـذه الحقوق . وعلى أى حال، فالمسلم ــ حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية ــ أن هذه الحقوق فى تراجع وعـددها فى تناقص «٢» ، ومآلها المحتوم ــ فيما نرى ــ هو الانقراض فى القريب مسايرة للتطور المحتوم فى هذه الجماعات .

وأيا كان الأمر ، فوجـود حقوق مطلقة أو تقديرية مرجعه اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، ولـكن ليس **فى جوهر هذه الحقوق** ما يحتم فى المنطق اطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها .

وأمام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصرى ــ فى تقريره نظرية التعسف ــ انما يتكلم عن « اسـتعمال **الحق** » بصـفة عامة دون تمييز أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية، نستطيع أن نستخلص أن التعسف فى القانون المصري يرد على استعمال كافة الحقـوق «٣» ، وأن هذا القانون قـد تخلص تماما ــ فى شأن استعمال الحقـوق ــ من كل بقايا النزعة الفردية وأنه لا يقر بالتالى وجود حقوق تقديرية «٤»، يتمتع أصحابها

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 130, 131

(٢) Rouast, article précité, pp. 2, 12, 16

(٣) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

(٤) وهـذا ما يمكن أن نؤيده كذلك بقـول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بان هـذا المشروع « أحل النص الخـاص بتقرير =

بسلطان مطلق فى استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم فى ذلك من قبل القضاء .

وفضلا عن ذلك ، فتتبع ما يقدم من مبررات خاصة لاطلاق استعمال كل حق من هذه الحقوق التقديرية المزعومة لا يلبث أن يتكشف عن عدم وجاهتها ، ويزيد فى تأكيد رفض فكرة الحقوق التقديرية . ونكتفى فيما يلى بمناقشة هذه المبررات فى شأن أبرز هذه الحقوق «١» .

(١) **حق الايصاء :** اذا كان المشرع يجيز للشخص الايصاء بماله فى حدود معينة ، فقد شاع الاعتقاد بأن حق الايصاء فى هذه الحدود حق مطلق تقديرى للموصى لا مسئولية عليه فى استعماله، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحضا للاضرار بالورثة .

وهذا الاعتقاد هو السائد فى الفقه الفرنسى بصورة مطلقة . ويبرر ذلك عادة بأن حق الايصاء هو التعبير أو المظهر الأسمى للشخصية الانسانية مما يجعله حقا مقدسا ، خاصة وأن رقابة القضاء لا يتصور فرضها فى شأن تصرف بالارادة الأخيرة للشخص قبل وفاته ، لأن صاحب هذه الارادة لم يعد موجودا للدفاع عن تصرفه، فيجب اذن أن توفر قداسة معينة لارادة من ماتوا ترفعها عن مجال الجدل والرقابة «٢» . ولكن واضح ما فى هذا القول من مبالغة غير مقبولة تسبغ قداسة غير مفهومة على بعض الارادات لمجرد وفاة أصحابها بعد اصدارها ، فليست ارادة من ماتوا بأكثر عصمة من ارادة من

= نظرية التعسف فى استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون . . . (فهى) تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وتسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية . . . ولا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه الى القانون العام . .» (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ، ص ٢٠٧) .

(١) راجع فى تفصيل مناقشة المبررات الخاصة لكل حق من الحقوق التقديرية .

Notre thèse précitée, pp. 181-168.

(٢) Rouast, article précité, No 15, pp. 9, 10

لا يزالون بقيد الحياة . هـذا فضلا عن أن التوسع الذي تلقاه فكرة السبب غير المشروع على يد القضاء الفرنسي واعمالها كذلك فى شأن الوصايا، معناه امكان مناقشة ارادة الموصي بعد وفاته ورقابتها كارادة الأحياء سواء بسواء، بل هو فى الواقع كذلك نواة لاجراء مبدأ عـدم التعسف على استعمال حق الايصاء «(١)» .

أما فى القانون المصرى، حيث أحكام الوصية مأخوذة عن الفقه الاسلامى، فيبدو أن المذاهب الفقهية الأربعة الكبرى كانت تعتبر حق الايصاء فى حدود النصاب المفروض حقا تقديريا مطلقا لا تعقيب على استعماله، فكانت لا ترتب أثرا قانونيا على التعسف فى هذا الاستعمال ، وانما كانت الوصايا التعسفية مكروهة كراهة دينية وجزاؤها كذلك محض جزاء دينى . ومع ذلك ، فليس لهذا الرأى سـند أو مبرر مقبـول ، طالما يتقرر الأخـذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق مما يوجب اخضاع حـق الايصاء لها كغيره من الحقوق وطالما أن الموت لا يخلع على الارادة عصمة أو قداسة ليست ثابتة لها فى الأصل كما سبق البيان . ولذلك نجد اتجاها عند بعض مفسرى القرآن بمخالفة هـذا الرأى حملا لقوله تعالى بعد تحـديد أنصباء الورثة « من بعد وصية يوصى بها أودين غير مضار » على معنى منع وصية الضرار التى يقصد بها الاضرار بالورثة ولو لم يجـاوز الموصى بها حـدود الثلث وهو النصـاب المشروع للايصاء «(٢)»، لأن الوصية يجب أن يكون الغرض منها القيام بعمل من أعمال الخير أو البر المحمودة عند الله . وكذلك نجد صدى لمثل هذا الاتجاه عنـد بعض المتأخرين من فقهاء الشريعة الاسلامية ممن يعتدون بالنية والقصد فى

(١) فى هذا المعنى :
Notre thèse précitée, pp. 133, 134

(٢) انظر، خاصة، قول الزمخشري فى تفسير عبارة «غير مضار» الواردة فى الآية : « اى يوصى بها وهـو غير مضار لورثتـه ، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث او يوصي بالثلث فما دونه ونيتـه مضارة ورثته ومغاضبتهم لا وجـه الله تعالى » (الزمخشرى ، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل فى وجوه التأويل ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٤ هـ ، ج ١ ، ص ٢٥٥) .

الحكم على الأفعال والتصرفات ، كابن تيمية وابن القيم الجوزية خاصة »(١) .

وقد تأثر المشرع المصرى أخيرا باتجاه هؤلاء الفقهاء ، فنص فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « يشترط فى صحة الوصية ... ألا يكون الباعث عليها منافيا **لمقاصد الشارع** » (م ٣/١) ، وعلى أن الشرط الصحيح فى الوصية « هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ، ولم يكن منهيا عنه ، ولا منافيا **لمقاصد الشريعة** » (م ٤/٢) . وعندنا أن مقاصد الشارع أو الشريعة انما تعنى بوجه عام روح القانون ومبادئه الأساسية والعامة من ناحية ، كما تعنى بوجه خاص الغرض أو الغاية من تقرير حق الايصاء من ناحية ثانية . وعلى هذا النحو ، لا يجدى الاحتماء بعدم تخطى حدود النصاب المشروع للايصاء للادعاء بصحة الوصية ، اذا كانت الوصية مخالفة لروح القانون أو منحرفة عن الغاية من حق الايصاء ؛ وهذه الغاية هى استدراك تحقيق ما فات الشخص حال حياته من القيام بعمل من أعمال البر أو الخير أو النفع أو من وفاء بعض ما يقع عليه من واجبات أخلاقية يطمئن بها ضميره . وبذلك يكون المشرع المصرى فى الواقع قد أعمل صراحة ، بهذه النصوص ، فكرة التعسف وأجراها على حق الايصاء . وعلى ذلك ، تعتبر الوصية تعسفية ، ولو لم تجاوز حدود النصاب المشروع للايصاء ، اذا

---

(١) انظر خاصة قول ابن القيم الجوزية ان « قاعدة الشريعة التى لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات والعبارات كما هى معتبرة فى التقربات والعبادات . فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشىء حلالا أو حراما وصحيحا أو فاسدا وطاعة أو معصية ، وكما أن القصد فى العبارة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة . ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر . فمنها قوله تعالى ... « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » فانما قدم الله الوصية على الميراث **اذا لم يقصد الموصى الضرار ، فان قصده فللورثة ابطالها وعدم تنفيذها** . وكذلك قوله « فمن خاف من موص جنفا أو اثما فأصلح بينهم فلا اثم عليه »، فرفع الاثم عمن أبطل الجنف والاثم من وصية الموصى ولم يجعلها بمنزلة نص الشارع الذى تحرم مخالفته (ابن القيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ادارة الطباعة المنيرية ، ج ٣ ، ص ٨٤) .

وانظر كذلك فى بيان هذا الاتجاه :

Fathy, thèse précitée, Nos. 132 et s.

محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٧ وما بعدها .

لم يقصـد بها خاصة الا مجرد الاضرار بالورثة «١» ، أو اذا كانت البواعث عليها أو المصالح المقصـودة منها غير مشروعة. فحق الايصاء اذن ليس حقا مطلقا لمحض تقدير الموصى ، وانما هو حق مقيد بعدم التعسف فى استعماله كغيره من الحقوق .

(٢) **حق الطلاق** : اذا كان للزوج ، وفق أحكام الشريعة الاسلامية ، حق الانفراد بطلاق زوجته وحل رابطة الزوجية ، فينبغى التساؤل عن مدى مسئوليته عن استعمال هذا الحق .

وقـد ذهب بعض فقهاء الشريعة الاسلامية «٢» الى اعتبار هذا الحـق مطلقا لا تترتب أى مسئولية على الزوج المطلق من جراء استعماله ، استنادا الى قوله تعالى «لا جناح عليكم ان طلقتم النساء» ، كل ما فى الأمر أنه أمام ما ورد فى الأحاديث النبوية من تبغيض الطلاق يكون استعماله لغير ضرورة أو حاجة مكروها كراهة دينية بحيث ينحصر الجزاء عليه فى الجزاء الدينى وحده . وقد شايعت بعض المحاكم المصرية فى ظل التقنين المدنى القديم هذا الرأى وبالغت فى اطلاق حق الطلاق برفض مسئولية المطلق حتى ولو لم يوجد من الأسباب ما يبرر الاقدام على الطلاق «٣» .

ولـكن من الواضح أنه ليس لهذا الرأى سند مقبـول : فمن ناحية ، ثابت أن الأصـل فى الطلاق هو الحظر لا الاباحة لقول الرسول عليه السلام

---

(١) انظر فى بطلان وصية الضرار :
احمـد ابراهيم ، كتاب الوصية وبيـان أحكامها فى الشريعة الاسـلامية ، ١٩٤٣ ، ص٢٦ و٢٧ — محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤ ، ص٥٢ .

(٢) ومنهم الامام السرخسى ، انظر فى الاشارة الى رأيه فى هذا الشأن : محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، فقرة ٣٣٩ .

(٣) انظر فى ذلك :
Appel mixte, 20 Juin 1922, Gazette, 13, 99, 55
استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، المحاماة ٨/٣٢٥/٤٩٦ — مصر الـكلية ٩ نوفمبر سـنة ١٩٣١ ، المحـاماة ١٥/القسم الثـانى/١٢٧/٢٥٦ — استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ ، المحاماة ١٧/٥٨/١١٩ ، حيث يذكر هذا =

« أبغض المباحات عنـد الله الطلاق » و« لعن الله كل ذواق مطـلاق » ، مما يعنى أنه حق استثنائى لم يقرر خلافا للأصل الا لضرورة أو حاجة تدعو اليه فيرتهن استعماله بذلك. ومن ناحية أخرى، فطالما أن من المقرر تحريم التعسف فى استعمال الحـق ، يكون من الواجب اجراء هذا التحريم على كل الحقوق ومنها حق الطلاق ، خاصة وأن الأضرار الناجمة عن الطلاق التعسفي تكون عادة أضرارا بالغة . ولا يجـدى فى اسباغ الصفة التقديرية أو المطلقة على هذا الحق الادعاء بأن رقابة القضاء على استعماله « تفتح بابا واسعا للخوض فى أسرار البيوت وفى أخفى العلاقات وأجدر أسباب الطلاق بالستر » «[١]»، فهـو ادعاء ينقضه ــ كما تقـول بحق محكمة النقض «[٢]» ــ « أن الشريعة الغراء قـد أباحت فيما أباحت أن تطلب الزوجة الطلاق لعيوب فى زوجها ، كذلك أباح (المشرع) للزوجة أن تطلب الفرقـة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وبدهى أن بحث ذلك ــ دفعا ودفاعا ــ قد يكشف الستر عما (يقال) ان الشريعة تتطلب ستره من شئون الزوجين » . ولا يجدى كذلك الزعم بأن مؤخر الصداق ونفقة العدة بمثابة

= الحـكم أن « الطلاق فى الشريعة الاسـلامية مباح ، فلا يترتب عليه أى مسئولية الا الحقوق التى يخولها الشرع للمطلقة من حيث المهر ونفقة العدة ، **حتى لو كان الطـلاق بلا سبب** . فليس على المطلق من حرج الا أن يكون مبغوضا عنـد الله كمن يرتكب معصية دينية ، لأن الحقوق التى بين الانسـان وربه لا يسأل عنها فى الدنيا ولـكنه يسأل عنها فى الآخرة. . . فضلا عن أن (الزوج) غير مسئول أن يبين سببا للطلاق لما فى ذلك من افشاء أسرار الزوجية وهتك أعراض الزوجة. . . وحتى لو فرض ولم يكن هناك سببه ظاهر ، فيكفى مجرد رغبة (الزوج) الخلاص منها ليكون ذلك مبررا للطـلاق كما تبيح ذلك الشريعة الغراء . ومتى كان الأمر كذلك ، فلا يمكن أن يقال (أنه) قد أساء استعمال هـذا الحق لأنه يقصد منفعة شخصية له بالخلاص من (الزوجة) ولا يقصد مجرد الاضرار بها » .

وانظر فى التعليق على هذا الحـكم وانتقاده : سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٧ ، ص ٣٥٢ .

(١) استئناف مصر ١٨ ديسمبر سـنة ١٩٢٧ سالف الذكر ، وفى نفس المعنى : استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ سالف الذكر .

(٢) نقض ٢٩ فبراير سـنة ١٩٤٠ ، مجمـوعة عمر (المـدنية) ، ج ٣ ، رقم ٣٥ ، ص ٨٥ .

التعويض المستحق للزوجة فى حالة الطلاق «[١]» ، لأن مؤخر الصداق دين مؤجل للزوجة على زوجها ، ولأن نفقة العدة انما تتقرر للمطلقة نتيجة احتباسها لحق مطلقها حتى انتهاء العدة «[٢]» .

والواقع أن الطلاق ، وهو حق خطير ينهى رابطة الزوجية وهى أوثق الروابط الانسانية بارادة الزوج المنفردة ، يجب أن يتقيد استعماله بالقيود المتناسبة مع خطورته من وجود أسباب جدية ومبررات قوية تدعو الى هذا الاستعمال ، فهو لم يشرع — وكراهته المنصوص عليها شاهدة بذلك — الا حيث يصبح الالتجاء اليه ، أمام هذه الأسباب والمبررات ، أفضل من الاستمرار فى حياة زوجية تعسة لا خير فيها «[٣]» . وكثير من كبار فقهاء الشريعة الاسلامية — كالكاسانى ، والكمال بن الهمام ، وابن عابدين — يرون هذا الرأى ، ويذهبون الى أن الأصل فى الطلاق أنه محظور لا يباح الا لحاجة، بحيث اذا تجرد عن هذه الحاجة يبقى على أصله من الحظر «[٤]». وعلى هذا النحو ، ليس فى حقيقة أحكام الشريعة الاسلامية ما يسبغ على حق الطلاق الصفة المطلقة أو التقديرية المزعومة له ، بل فيها — على نقيض ذلك — ما يوجب على القضاء رقابة استعمال هذا الحق وتقصى جدية ومشروعية أسبابه ومبرراته . وهذا ما بصرت به بعض المحاكم المصرية فى ظل التقنين المدنى القديم مقررة مسئولية الزوج عن التعسف فى استعمال حق الطلاق «[٥]» ،

---

(١) انظر فى ذلك : الأحكام المشار اليها فى هامش (٣) ص ١١٥١ .

(٢) فى هذا المعنى :
السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٢٥١ و٢٥٢ .

(٣) فى هذا المعنى :
Notre thèse précitée, p. 143.

(٤) انظر فى الاشارة الى راى هؤلاء الفقهاء ، وفى تأييده :
محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، فقرات ٣٤٠ و٣٤١ .

(٥) مصر الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ ، المحاماة ٣٣٣/٢٥٥/٦ — شبين الكوم الكلية ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، المحاماة ٥٤٠/٢٧٢/١١ — مصر الكلية ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ١١٣٣/٥٦٤/١٣ .

وأيده كثير من الفقهاء «١»، بل وأيدته محكمة النقض بطريق غير مباشر حينما قررت مبدأ صحة تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها وعدم مخالفة هـذا التعهد لأحكام الشريعة الاسلامية ولا لقواعد النظام العام «٢» .

بل ويؤيد القول بنسبية حق الطلاق وبفرض الرقابة على استعماله ، أن السائد فى فقه الشريعة الاسلامية أن المريض مرض الموت اذا طلق زوجتـه بغير رضاها طلاقا بائنا فترثه رغم ذلك اذا مات فى هـذا المرض وهى ما تزال فى عدة الطلاق «٣» ، وهذا ما يأخذ به المشرع المصرى كذلك صراحة بقوله « تعتبر المطلقة بائنا فى مرض الموت فى حكم الزوجة (من حيث الميراث) اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى هذا المرض وهى فى عدته » (م ١١/٣ من

---

(١) انظر خاصة :

Fathy, thèse précitée, No 149, pp. 229, 230 — El Rafehi, La répudiationsn dans le droit positif de l'Islam, thèse Paris 1950, p. 57.

السعيد مصطفى السعيد، الرسالة السابقة ، ص ٢٣٢ ، ٢٥١—٢٥٣ . — سليمان مرقس ، التعليق سالف الذكر . — حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرات ٢٥٩ و٢٦٠ . — أحمد حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، هامش (١) ص ٤٢٩ .

(٢) نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ سالف الذكر ، حيث يذكر الحكم انه « بما أن افتراض أن الشريعة الاسلامية حين سنت حرية الطلاق كانت تلحظ حماية هذه الحرية ببوادر اهمها أن تعفى الزوج من ضرورة الافضاء بما دعاه الى الفرقة ، . . . لا أثر له فى بحوث الفقهاء . . . وبما أن ما قال به الطاعن من مخالفة النظام العام اذا ما اضطر الزوج بدعوى التضمين الى بيان سبب الطلاق وكشف مستوره انما جاء تفريعا عن نظرية الطاعن غير المسلم بها من أن الشريعة حظرت اذاعة سبب الطلاق . ومتى أهملت هذه النظرية تعين طرح ما تفرع عنها وامتنع القول بأن الاتفاق على تعويض الزوجة عند طلاقها هو اتفاق غير مشروع لمساسه بأحكام الشريعة الاسلامية وبالنظام العام ، وأصبح لزاما احترام مثل هـذا الاتفاق . . . (ولـكن) لا مراء فى أن الزوج الذى فى عنقه هـذا الالتزام أن يتحلل منه اذا كانت الزوجـة هى التى دفعته بفعلها الى الطلاق الذى تتطلب تضمينها عنه » .

وانظر فى التعليق على هذا الحكم : سليمان مرقس، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٣ ، ص ٣٥٤ وما بعدها .

(٣) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية ، ١٩٣٨ ، ص ١٥٣ و١٥٤ — عمر عبـدالله ، أحـكام المواريث فى

=

قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) • فهذه فيما نرى «١» ، صــورة من أخطر صور التعسف فى استعمال حق الطلاق لاقدام الزوج عليه بقصد الفرار من ارث الزوجة منه وهو ما يستخلص من ايقاعه الطلاق بائنا وهو فى مرض الموت ، تقرر الشريعة الاسلامية والمشرع المصرى عليه الجزاء الحق الذى يرد القصد منــه بتوريث المطلقة بائنا من المطلق اذا مات فى مرضه قبــل انتهاء العدة «٢»، رغم أن الأصل هو أن رابطة الزوجية قد انحلت فور وقوع هذا الطلاق البائن وانتفت بانحلالها عن المطلقة صفة الزوجة تلك الصفة التى هى سبب التوريث • وهذا الحــكم قاطع الدلالة على رفض الشريعة الاسلامية والمشرع المصرى الصفة التقديرية المطلقة المزعومة لحق الطلاق •

وعلى أى حال ، فاذا كانت بعض المحاكم المصرية قــد ذهبت فى ظــل التقنين المدنى القديم الى اعتبار حق الطلاق حقا مطلقا، فقد يلتمس لها العذر أمام خلو ذلك التقنين من نص يقرر نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، مما اقتضاها التحرز من التوسع فى اعمال هذه النظرية ــ وهى لما تزل حينئذ وليدة ناشئة ــ على بعض الحقــوق التى تحوطها شبهة الاطلاق ومنها حــق الطــلاق • أما اليوم وقــد انتهى المشرع الى تقنين نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق فى التقنين المدنى الجديد وبعبارات مطلقة لا تقصرها على بعض الحقــوق دون بعض ، فلم يعد يوجــد ــ فضلا عما سبق بيانه ــ أى سند قانونى للزعم بالصفة التقديرية المطلقة لحق الطلاق ، ويجب اذن اعمال نص

= الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٥، ص ٨٨ وما بعدها؛ أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٣٨٦ وما بعدها ــ محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩٧ وما بعدها .

وانظر مع ذلك فى اختلاف الآراء حــول شروط هذا التوريث ، وفى رفض الامام الشافعى مبدأ التوريث : عمر عبدالله ، أحكام المواريث، هامش (١) ص ٩٠ وما بعدها .

(١) Notre thèse précitée. pp. 142, 143

(٢) غير أنه لا يرثها اذا ماتت قبله وهى لا تزال فى العدة، لانه قد أسقط حقــه فى الارث منها بطلاقه اياها طلاقا بئنا (عمر عبــدالله ، المرجــع السابق ، ص ٨٨) .

المادتين الرابعة والخامسة من هـذا التقنين المقررتين لهذه النظرية على حـق الطلاق وتقرير مسئولية الزوج المطلق على تعسفه فى استعمال هـذا الحق . وهذا ما أخذت المحاكم تستقر عليه الآن فى أحكامها الحديثة «١» . وواضح أن جزاء مثل هذا التعسف ينحصر فى مجرد تعويض المطلقة تعويضا نقديا ، اذ من غير المتصور — فى أمر كالمعاشرة الزوجية يتعلق بدخائل النفوس والمشاعر ويمس الحرية الشخصية فى أدق مظاهرها — اهدار ما حصل من طلاق واجبار الزوج المطلق على الاستمرار فى حيـاة زوجية يأباها . وبديهى ، كما سبق البيـان ، أن التعويض المستحق عن التعسف فى الطلاق على هـذا النحو ، مستقل ومنفصل عن الحقـوق الأخرى المستحقة للمطلقة بناء على الطلاق فى

---

(١) استئناف القاهرة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٦، المحاماة ٥٨٨/٣١٢/٣٧ — استئناف القاهرة ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ ، المحاماة ١٠٥٧/٣٣٦/٣٩ .

ويقرر الحـكم الاخير أنه « من حيث أنه من المفهوم بداهة ان الشريعة التى أمرت بحسن المعاملة وجميل المعاشرة ورتبت للنساء حقوقا على الرجال ما كانت لتجعل حياة المراة رهين كلمة من الرجـل تخرج من فيه انى شاء وفى أى وقت شاء بغير رقيب ولا محـاسب ، مهما ترتب عليها من الاضرار بهـا . . . ولا يصح (مع هذه المثل العليا فى الخلق) القول بأنها قد اباحت الطـلاق على شرط النفقة والمتعة أو مؤخر الصـداق . . . لان فى الطـلاق بغير رضاء (المراة) وبغير سبب ظاهر اهدارا لها واقلالا من شأنها ، وهو ما نهت عنه الشريعة . ويؤخذ من هذا كله أنه لا بد للطـلاق من سبب مقبول . . . ومن حيث أن حكم الله فى الطـلاق يتحصل فى انه حرام، وحرام جدا متى حصل بغير سبب، وليس بصحيح مايقال من أن الشريعة تجيزه لسبب ولغير سبب . وحقيقة الأمـر ان هـذا النوع من الطلاق يقع وتترتب عليه أحكام ولكنه مخالف لنصوص القرآن والسنة ومرتكبه آثم وخارج على حـكم الشريعة . وانه وان رتبت الشريعة احكاما واحـدة على الطلاق ذى السبب وغير ذى السبب ؛ الا انهـا لم تمنع الزام الزوج الخـارج فى طلاقه على حكمها من تعويض مطلقته عن الأضرار التى أحدثها بها طلاقه الحرام، وخاصة اذا كان الرجـل لا يقصد من ذلك سوى الـكيد والنكاية. . . **ومن حيث ان الطلاق فى الواقع شانه شان سائر الحقوق يخضع لاشراف القضاء ،** فان تبين أن استعماله كان لغـرض غير مشروع ، قضى بالتعويض طبقا للمادتين ٤ و٥ من القانون المـدنى. . . ومن حيث أنه وقـد تبين سوء قصـد المستأنف ومخالفته لأحـكام الشرع ، فمن ثم تتحقق مساءلته عن فعله. . . وهو ما يوجب الغاء الحـكم المستأنف برمته والزامه بالتعويض المناسب لفعلته . ومن حيث أن المحكمة ترى ان الحقـوق الشرعية المترتبه على عقـد الزواج — بالغة ما بلغت — لا تتدخـل فى التعويض المقضى به ، وتحفظ للسيدة الحـق فى المطالبة بها بدعوى على حدة اذا شاءت » .

ذاته وبصرف النظر عن مشروعية استعماله كالحق فى مؤخر الصداق وفى نفقة العدة .

(٣) **الحق المعنوى للمؤلف** : يثير الحــق المعنوى للمؤلف مشكلة مدى مشروعية استعماله فى الأحوال التى يكون الحــق المالى فى احتكار استغلال المصنف متنــازلا عنه الى غير المؤلف ، اذ من الواضح أن المؤلف باستعمال سلطات حقه المعنوى قد يتمكن من شل الحق المالى بين يدى المتنازل اليه أو من الحاق الضرر به فى الأقل .

وثم اتجاه فى الفقه والقضاء الفرنسى يدعــو الى اسباغ صفة تقديرية مطلقة على الحق المعنوى للمؤلف على أساس تعلقه بالشخصية «[1]» . ولكن اذا كان من غير المنكور ضرورة حماية الشخصية الفكرية للمؤلف ، وكانت السلطات المعنوية المعترف له بها على مصنفه يقصد بها توفير هــذه الحماية ، فيجب بداهة عدم الانحراف فى استعمال هذه السلطات عن الغاية من تقريرها ، والا انقلب هذا الاستعمال تعسفيا يجب على القضاء تقويمه . وهذا التعسف يتحقق ليس فحسب فى صورة الغش أو التدليس ، كما يرى البعض ، حيث يتستر المؤلف وراء حقــه المعنوى مدفوعا باعتبارات مالية خالصة ، كما لو امتنع عن تسليم المصنف الى المتنــازل اليه رغم تمامه أو استعمل سلطته فى سحب المصنف من التداول بقصد الحصول على ربح مادى أكبر باعطاء احتكار استغلال المصنف الى شخص آخــر يعرض شروطا أكثر اغراء وســخاء من

---

(١) انظر خاصة :

Gorguette D'Argoeuves, Du droit moral de l'auteur sur son oeuvre artistique et littéraire, thèse, Lille, 1924, pp. 102, 103.

Paris 6 mars 1931. s. 1932. 2.145. Note Gény. — Paris 23 février 1938. s. 1938. 2. 169.

وانظر فى القول بالصفة شبه التقديرية للحق المعنوى للمؤلف :

Rouast, article précité, No. 17, p. 12.

الشروط المتفق عليها مع المتنازل اليه الأول «١» ؛ بل يتحقق التعسف كذلك فيما نرى فى كل الأحوال التى يستعمل المؤلف سلطات حقه المعنوى دون أسباب قوية جدية أو لتحقيق أغراض غير مشروعة لا تتصل بالشخصية الفكرية أو حمايتها أو تتعلق بالقيم الفكرية التى يمثلها المصنف «٢». وليس مقتضى تحقق التعسف على هذا النحو ضرورة اهدار الاعتبارات الشخصية أو الفكرية المتعلق بها حق المؤلف المعنوى ، كما يتخوف البعض ، باجبار المؤلف مثلا على تسليم المصنف فى حال تمامه الى المتنازل اليه ، اذ واضح أن القضاء ينأى عن فرض مثل هذا الاجبار أو الجزاء العينى مكتفيا بالتعويض النقدى وهو الجزاء المناسب فى أمر على هذه الدرجة من الحساسية نتيجة تعلقه بالحرية الشخصية والفكرية .

وعلى أى حال ، فيبدو أنه لا محل فى القانون المصرى للادعاء بالصفة التقديرية المطلقة للحق المعنوى للمؤلف . ففضلا عن أن نص التقنين المدنى الجديد فى شأن نظرية التعسف فى استعمال الحق نص عام يصرف هذه النظرية الى كافة الحقوق كما رأينا مما يجب معه فرض رقابة على استعمال الحق المعنوى للمؤلف فى مختلف مكناته وسلطاته ؛ يصرح المشرع المصرى فى قانون حماية حق المؤلف بالصفة النسبية لهذا الحق فى شأن سلطتين من أخطر سلطاته وهما سلطة تعديل المصنف وسلطة سحبه من التداول ، بل ويذهب فى ذلك الى مدى بعيد كما سبق البيان ، فيفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر الاقدام عليه (م ٤٢) «٣» ، مما يؤدى الى التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان المؤلف من استعمال هاتين السلطتين استعمالا تعسفيا «٤» .

---

(١) Desbois, Le droit d'auteur, Nos 540, 545, 559

(٢) Notre thèse précitée, pp. 166, 167

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٥٨ .

(٤) انظر سابقا ، ص ١١٠٢ و ١١٠٣ .

الفصل الرابع

اثبـات التعسف وجزاؤه

٤١٥ ـ تحمل مدعى التعسف بعبء اثباته

واضح أن على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حـق فى استعمال حقه اثبات ما يدعيه طبقا للقواعـد العامة فى الاثبات . وعلى هـذا النحو ، فالأصل أن صاحب الحـق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقـه ، خاصة وأن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداء الى أن يقوم الدليل على العكس «١» .

ورغم ذلك ، فثم اتجاه فى الفقه والقضاء يحاول قلب هـذا الأصل فى صورة انهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالأرادة المنفردة انهاء تعسفيا أو بلا مبرر مشروع ، بتحميل صاحب العمل اذا كان الانهاء من جانبه ـ وهذا هو الغالب ـ اثبـات مشروعية الانهاء ومبرراته ، ويرى فى ذلك خصـوصية ملحوظة فى التعسف فى انهاء هذا العقد «٢» . وقـد يكون فى هذا الاتجاه نجدة للعامل واقالة له من عبء اثبات عسير ، ولـكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد العامة من وجوب تحميل مدعى التعسف، وهو العامل فى هـذا المثال ، بعبء اثبات تعسف صاحب العمل فى الانهاء أو انعدام مبرر هـذا الانهاء . وليس فى النصوص التشريعية «٣» التى توجب

(١) فى هذا المعنى : Joosserand, op. cit., No. 316.

(٢) انظر بوجه خاص :

محمـد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٦ ـ محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و١٤٥ و١٦٣ و٢١٣ ؛ والمراجع التى يشير اليها فى هامش(٣)ص،٣٧وهامش(١) ص ٣٧٢ .

القاهرة الابتدائية ٢٨ أكتوبر سـنة ١٩٥٧ ، و٣١ أكتوبر سـنة ١٩٥٤ ؛ استئناف القاهـرة ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، استئناف الاسكندرية ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ : مدونة الفكهانى ، ج ٣/١ ، ١٩٥٩ ، ص ٤٩٧ و٦٦٢ و٦٦٩ و٦٧٢ على التوالى .

(٣) المادة ٢٣ من قانون العمـل الفرنسى ـ والمادة ٣٩ من قانون عقـد العمـل الفردى المصرى الملغى والمـادة ٧٤ من قانون العمـل الموحـد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ .

على المحكمة تحقيق ظروف الانهاء أى دليل مقنع على رغبة المشرع فى الخروج على حكم هذه القواعد العامة، وانما هو مواجهة للحقيقة الواقعة من ضرورة تبادل الرد والاثبات بين الخصوم «١» . ولذلك يبدو من الواجب اعمال حكم القواعد العامة فى الاثبات فى هذه الصورة كغيرها من الصور «٢» ، وذلك ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية خاصة «٣» ، والقضاء المصرى فى أغلبه «٤» ، ويؤيده كثير من الفقهاء «٥» .

٤١٦ ـ الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح أن الجزاء على التعسف يتمثل أساسا فى التعويض عن الأضرار

---

(١) والواقع ـ كما يرى جوسران ـ أنه اذا كان مدعى التعسف هو الذى يتحمل بعبء اثباته ، فليس معنى ذلك وقوف صاحب الحق المدعى بتعسفه موقفا سلبيا محضا ، وانما يتبادل الخصوم الرد والاثبات بما يؤدى فى النهاية الى تخفيف الفروق بين الأدوار التى تفرضها عليهم القواعد العامة فى الاثبات (Josserand, op. cit. No. 319).

(٢) بل ان قانون العمل الموحد قد استحدث نصا نعتبره تأييدا لهذا النظر ، اذ قضى بأن عبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقابى يقع على عاتق صاحب العمل (م ٧٥/٧) ، وهو ما يستخلص منه أن المشرع بالنص على تحميل صاحب العمل ـ وهو الطرف المنهى ـ بعبء اثبات المبرر المشروع للفصل فى هذه الحالة بالذات، انما قصد تخصيصها وحدها بهذا الحكم المخالف للأصل الذى يقضى بتحميل مدعى التعسف فى الانهاء أو انعدام المبرر المشروع عبء اثبات ذلك (فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، دروس فى قانون العمل (على الآلة الناسخة) ، ١٩٥٩ ، ص ١٤٠ ـ ودروسنا فى قانون العمل (على الآلة الناسخة) ، ١٩٥٩ ، ص ١٧٨ و١٧٩) .

(٣) انظر فى الاشارة الى هذا القضاء :

Mazeaud, op. cit., t. I. p. 544, notes (5) et (6).

(٤) انظر بصفة خاصة :

القاهرة الابتدائية ١٧ فبراير سنة ١٩٥٤ ، و٢٨ يونيو سنة ١٩٥٤ ، و٢٩ سبتمبر سنة ١٩٥٥ ؛ واستئناف القاهرة ٣١ مايو سنة ١٩٥٥ ، و٣١ يونيو سنة ١٩٥٦ ، والاسكندرية الابتدائية ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٧ : مدونة الفكهانى ، ج ١/٣ ، ص ٦٥٧ و٦٥٥ و٦٦٨ و٦٥٢ و٦٢٨ و٦٨١ على التوالى .

(٥) انظر بصفة خاصة :

Josserand, op. cit. No. 319. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 584 p. 544, t. II, No. 1686. — Durand et Vitu, traité de droit du travail, t. II, 1950, No. 463.

أكثم الخولى ، دروس فى قانون العمل ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٨ ـ ودروسنا سالفة الذكر ، ص ١٧٨ .

المترتبة عليه . وقـد ذهب رأى قديم «١» الى اقتصار هـذا التعويض على التعويض النقدى وحده دون التعويض العينى، بدعوى أن التعويض العينى يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخـل حدود الحـق ومضمونه . ولـكن هذا الرأى لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الرأى على هجره «٢» وعلى القول بأن جزاء التعسف التعويضى قـد يكون نقديا وقد يكون عينيا على حسب الأحوال «٣» .

واذا كان مثل هذا الجزاء التعويضى بصورتيه يرد على التعسف ، فليس هو بجزائه الوحيـد . بل ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزاء الوقائى الذى سبقت الاشارة اليه «٤» ، والذى يمنع ابتـداء الاستعمال التعسفى للحق ويحول بالتالى دون وقوع الضرر أصلا «٥» .

---

(١) Saleilles, Etude sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

(٢) بل وعدل عنه صاحبه ، أنظر :
Saleilles, rapport précité, pp. 339, 346, 347.

(٣) انظر بصفة خاصة :
Charmont. article précité, pp. 117, 118 — Demogue op. cit., t. IV, No. 690 — Campion, op. cit., Nos 435-442. — Josserand, op. cit., Nos324-327. — Dabin, op. cit., p. 303 — Notre, thèse précitée, pp. 206, 207 — El Kholy, thèse prcitée, No. 239.
أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٣٤ و١٣٥ . ــ حسين عامر ، المرجع السابق ، فقرات ٣٨٤ وما بعـدها ــ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١، هامش ص ٨٥١ .

(٤) انظر سابقا ، ص ١١٠٢ ــ ١١٠٤ .

(٥) فى هذا المعنى :
Saleilles, Rapport précité, p. 335 et s. — Ripert, La règle morale, No. 94. — Dabin, op. cit., p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236 et s.
عبد الرزاق السنهورى، الموضع السابق ــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق، ص ١٦٥ .

تذييـل

١ ـ تمت الوحـدة بين مصر وسورية بعد استفتاء شعبى البلدين فى ٢٢ فبراير سـنة ١٩٥٨ . وأعلن الدستور المؤقت للجمهـورية العربية المتحدة ونشر فى الجريدة الرسمية فى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ . وهذا الدستور مجرد موجز للدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ ، فيما عدا ما اقتضاه الوضع الجديد للوحدة من أحكام ، وفيما عـدا تعديلات قليلة نشير الى ما يعنينا منها فيما يلى :

(١) فى شأن تشريع الضرورة (أنظر سابقا ، ص ٢٨٨ـ٢٩٠)، تقضى المـادة ٥٣ من الدستور المؤقت بعرضـه على مجلس الأمة فور انعقاده بعد أن كان واجبا عرضه خـلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره اذا كان المجلس قائما وفى أول اجتماع له فى حالة الحل . كما تقضى بانعدام الأثر الرجعى لاعتراض المجلس عليه بأغلبية ثلثى أعضائه ، بعـد أن كان عدم اقرار المجلس له يزيله فى الأصل بأثر رجعى ما لم يقرر المجلس غير ذلك .

(٢) أغفل الدستور المؤقت الاشارة الى ما كان يعترف به دستور سنة ١٩٥٦ من حق رئيس الجمهورية فى اصـدار تشريعات تفويضية (راجع سابقا ، ص ٢٩٠ و٢٩١) .

٢ ـ صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ معـدلا أحكام المادتين ٢١ و٢٢ من المرسـوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى شأن المفقـود (راجع سابقا ، ص ٧٣١ـ٧٣٦) . وبمقتضى هذا التعديل ، يبقى للقاضى حق الحـكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد

أربع سنين من تاريخ فقده . غير أنه ، بالنسبة الى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية، يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعــد مضى الأربع سنوات ، ويقوم هــذا القرار مقام الحكم القضائى بذلك .

٣ ــ صــدر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ بالعمــل بأحكام القانون رقم ٣٨٤ لســنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخــاصة المعمول به فى الاقليم المصرى فى الاقليمين المصرى والسورى من الجمهورية العربية المتحدة (راجع فى شرح أحكام هذا القانون ، سابقا ، ص ٩٧٤ و٩٩٩ وما بعدهما) .

فهـــرس

رقم الفقرة	رقم الصفحة
المراجــع	٣
اهـداء	٧
تصــدير	٩
مقـدمة	١١
١ ــ اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته	١١
٢ ــ تفرع الحقوق عن القانون	١٣
٣ ــ خطة الـكتاب	١٤

باب تمهيــدى

فى القــانون بوجه عام

٤ ــ عرض وتقسيم	١٧

الفصــل الأول

خصائص القــانون

٥ ــ الحاجة الى القانون	١٨
٦ ــ تعريف القانون واستخلاص خصائصه	١٩
المبحث الأول ــ القانون مجموعة قواعد سلوك	٢٠
٧ ــ القواعد التقديرية والقواعد التقويمية	٢٠
٨ ــ القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف ...	٢١
٩ ــ التكليف القانونى تكليف مطلق...	٢٣
المبحث الثانى ــ القانون مجموعة قواعد عامة مجردة	٢٥
١٠ ــ التكليف القانونى تكليف عام مجرد	٢٥
١١ ــ التكليف القانونى العام المجرد وتحقيق العدل ...	٣٠
المبحث الثالث ــ القانون مجموعة قواعد اجتماعية	٣٢
١٢ ــ بيئة القانون الاجتماعية	٣٢
١٣ ــ القانون والعلوم الاجتماعية	٣٣
١٤ ــ القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى ...	٣٥
١٥ ــ القانون وقواعد العادات والمجاملات	٣٥

رقم الفقرة — رقم الصفحة

١٦ ـ القانون والأخلاق ٣٧

(١) نطاق القانون والأخلاق (٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق (٣) آثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق (٤) مدى تأثر القانون بالأخلاق .

المبحث الرابع ـ القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادى جماعى ٤٦

١٧ ـ فكرة الجزاء أو الاجبار القانوني ٤٦

١٨ ـ الاجبار عنصر جوهرى لقيام القانون ٥٠

١٩ ـ صور الجزاء أو الاجبار ٥٣

الفصل الثاني

مدى سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون

٢٠ ـ تنوع قواعد القانون الى قواعد آمرة وقواعد مفسرة أو مكملة ، يستتبع تفاوت سلطان ارادة الأفراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق ٥٥

٢١ ـ توافر صفة الالزام للقواعد المفسرة أو المكملة . ٥٨

٢٢ ـ معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة ٦٠

٢٣ ـ مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها ... ٦٢

٢٤ ـ النظام العام ٦٣

٢٥ ـ الآداب ٦٦

٢٦ ـ سلطة القاضي فى تحديد مضمون النظام العام والآداب ٦٨

٢٧ ـ جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ٦٩

الفصل الثالث

اقسام القانون وفروعه

٢٨ ـ تمهيد ٧٢

المبحث الأول ـ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ... ٧٣

٢٩ ـ تاريخ التفرقة ٧٣

٣٠ ـ معيار التفرقة ٧٥

٣١ ـ اهمية التفرقة ٧٩

٣٢ ـ مدى التفرقة. ٨٠

رقم الفقرة — رقم الصفحة

المبحث الثانى ـ فروع القانون العام ٨١
٣٣ ـ تقسيم ٨١
المطلب الأول ـ القانون العام الخارجى ٨٢
٣٤ ـ مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل ٨٢
المطلب الثانى ـ القانون العام الداخلى ٨٤
٣٥ ـ تعريف وتقسيم ٨٤
٣٦ ـ القانون الدستورى ٨٥
٣٧ ـ القانون الادارى ٨٦
٣٨ ـ القانون المالى ٨٧
٣٩ ـ القانون الجنائى ٨٨
(١) قانون العقوبات ـ (٢) قانون الاجراءات الجنائية
المبحث الثالث ـ فروع القانون الخاص ٩٠
٤٠ ـ تعريف وتمهيد ٩٠
٤١ ـ القانون المدنى ٩٠
٤٢ ـ القانون التجارى ٩١
٤٣ ـ القانون البحرى ٩٢
٤٤ ـ قانون العمل ٩٣
٤٥ ـ القانون الدولى الخاص ٩٥
٤٦ ـ قانون المرافعات المدنية والتجارية ٩٩

القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

٤٧ ـ تقسيم ١٠٣

الفرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

مقدمة ١٠٧
٤٨ ـ تمهيد ١٠٧
٤٩ ـ المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية ١٠٨
(١) مذهب هيجل . (٢) مذهب أوستن .
(٣) مذهب كلسن .
٥٠ ـ نقد المذاهب الشكلية واستبعادها ١١١
٥١ ـ التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية واهميتها ١١٥

رقم الفقرة — رقم الصفحة

٥٢ ــ خطة البحث ١١٧

الباب الأول
جوهر القاعدة القانونية

٥٣ ــ تمهيد ١١٩

الفصل الأول ــ المدرسة المثالية ١٢١

§ مذهب القانون الطبيعي ١٢١

٥٤ ــ تمهيد ١٢١

٥٥ ــ القانون الطبيعي عند اليونان ١٢٢

٥٦ ــ القانون الطبيعي عند الرومان ١٢٣

٥٧ ــ القانون الطبيعي عند الكنسيين فى القرون الوسطى ١٢٥

٥٨ ــ الدعوة الى سيادة الدولة فى القرن السادس عشر، وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك ١٢٧

٥٩ ــ تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس ١٢٨

٦٠ ــ رواج مذهب القانون الطبيعي وتطرفه فى القرنين السابع عشر والثامن عشر ١٣٠

٦١ ــ القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي ١٣١

(١) نظرية هوبز . (٢) نظرية لوك . (٣) نظرية روسو .

٦٢ ــ انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية ١٣٦

٦٣ ــ مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعه فى القرن التاسع عشر ١٣٩

٦٤ ــ حركة احياء القانون الطبيعي ١٤١

(١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

(٢) القانون الطبيعي موجه مثالى للعدل

٦٥ ــ القانون الطبيعي والقانون الوضعي ١٤٥

الفصل الثانى ــ المدرسة الواقعية ١٤٨

٦٦ ــ تمهيد ١٤٨

المبحث الأول ــ المذهب التاريخي ١٤٩

٦٧ ــ تمهيد ١٤٩

٦٨ ــ تعاليم المذهب التاريخي ١٥١

٦٩ ــ نقد المذهب التاريخي ١٥٢

المبحث الثانى ــ مذهب التضامن الاجتماعي ١٥٧

٧٠ ــ تمهيد ١٥٧